

Preadvies Vereniging voor Effectenrecht

Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector: een consumentenrechtelijk perspectief

Prof. mr. J.G.J. Rinkes

Hoogleraar privaatrecht, Open Universiteit, bijzonder hoogleraar Europees consumentenrecht, Maastricht University, raadsheer-plaatsvervanger Gerechtshof Arnhem, rechter-plaatsvervanger Rechtbank Rotterdam, verbonden aan ACIS (UvA).

Inhoudsopgave

1 Inleiding

- 1.1 Algemeen
- 1.2 Financieel recht als specifiek rechtsgebied
- 1.3 Opzet preadvies

2 Enige algemene beschouwingen over consumentenrecht en het begrip consument

- 2.1 De consument als zwakke partij
- 2.2 De positie van de consument
- 2.3 Opkomst van het consumentenrecht
- 2.4 Het beeld van de consument
- 2.5 Handhaving van consumentenbelangen
- 2.6 Nieuwe regels ter bescherming van de consument
- 2.7 Consument en eigen verantwoordelijkheid
- 2.8 Het begrip 'consument'
- 2.9 Definitie van het begrip 'consument'

3 Europese consumentenbescherming op financiële markten

- 3.1 Europese beleidsdoelstellingen en regelgeving ter bescherming van de financiële consument
 - 3.1.1 Beleidsdoelstellingen: kredietcrisis
 - 3.1.2 Beleidsdoelstellingen: financiële dienstverlening algemeen
- 3.2 Europees betalen: SEPA en PSD
- 3.3 De richtlijn betaaldiensten
- 3.4 Financiële diensten voor consumenten in de interne markt
 - 3.4.1 Groenboek financiële diensten 2007
 - 3.4.2 Witboek financiële diensten 2005
 - 3.4.3 Commission Staff working document - Initiatives in the area of retail Financial services
 - 3.4.4 Icbes
 - 3.4.5 Mifid
- 3.5 Financial education
- 3.6 Consumentenkrediet
- 3.7 Hypotheken
 - 3.7.1 Witboek over de integratie van de EU-markt voor hypothecair krediet
 - 3.7.2 Commission Staff Working Document EU Mortgage Credit Markets
- 3.8 Financiële diensten op afstand
- 3.9 Verzekeringsmarkt
- 3.10 Solvency II
- 3.11 Balans

4 Oneerlijke handelspraktijken en eerlijke handel: mercatura honesta en mededingingsrechtelijke bespiegelingen tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof van Justitie EU

- 4.1 Het begrip consument in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken
- 4.2 Enige opmerkingen over de achtergrond van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken vanuit het perspectief van het basisbeginsel: consumentenbescherming
 - 4.2.1 Toepassingsbereik van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken
 - 4.2.2 Totstandkoming richtlijn oneerlijke handelspraktijken
- 4.3 Oneerlijke handelspraktijken en mededingingsrecht
- 4.4 Het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken: Market-Correcting
- 4.5 Beknopt overzicht van de rechtspraak Hof van Justitie op het terrein van oneerlijke handelspraktijken
 - 4.5.1 Huis-aan-huis verkoop van een beleggingsproduct en herroepingsrecht: de zaak Friz
 - 4.5.2 Koppelverkoop en gezamenlijk aanbod: de zaken Plus, VTB-VAB en Galatea
 - 4.5.3 Uitnodiging tot aankoop: Ving Sverige AB
 - 4.5.4 Bescherming van concurrenten? Mediaprint

5 Beknopte rechtsvergelijkende opmerkingen over de implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken

- 5.1 Implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, met name voor wat betreft financiële dienstverleners: een korte rechtsvergelijkende verkenning
- 5.2 Implementatie van de richtlijn in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en België
 - 5.2.1 Verenigd Koninkrijk
 - 5.2.1.1 Algemeen
 - 5.2.1.2 Financial service authority guidance
 - 5.2.1.3 Jurisprudentie
 - 5.3 Duitsland
 - 5.4 Frankrijk
 - 5.5 België
 - 5.6 Overige lidstaten
 - 5.7 Balans

6 Oneerlijke handelspraktijken op het terrein van het financiële recht: zorgplichten

- 6.1 Inleiding
- 6.2 Toezicht op financiële markten: normen, waarden en het BW
- 6.3 Transparantie bij financiële dienstverlening
 - 6.3.1 Transparantie: een populair begrip
 - 6.3.2 Transparantie in juridische zin
 - 6.3.3 Transparantie, eerlijkheid en ongeschreven recht
- 6.4 Normstelling voor zorgplichten
- 6.5 De verhouding tussen BW en Wft
- 6.6 Zorg- en informatieplichten van financiële dienstverleners: een zware taak
- 6.7 Zorgplichten in de rechtspraak
 - 6.7.1 World Online
 - 6.7.2 Overige voorbeelden uit de rechtspraak
 - 6.7.3 Zorgplicht van banken
 - 6.7.4 Lagere rechtspraak inzake zorgplichten van financiële dienstverleners (selectie)
 - 6.7.4.1 Effectenlease
 - 6.7.4.2 Spaarbeleg
 - 6.7.4.3 Hypotheekadvies
 - 6.7.4.4 Woekerpolis

- 6.7.4.5 Unit linked producten
- 6.7.4.6 Handelssysteem en open end beleggingsfondsen
- 6.7.4.7 Beroepsfout en kwade kansen
- 6.7.4.8 Uitspraken Kifid
 - 6.7.4.8.1 Defensief profiel?
 - 6.7.4.8.2 Execution-only
 - 6.7.4.8.3 Preferred banking
 - 6.7.4.8.4 Marginverplichting
- 6.8 Hoe nu verder?

7 Oneerlijke handelspraktijken in de praktijk van het financiële recht: het begrip 'professionele toewijding'

- 7.1 Professionele toewijding en handelspraktijken
- 7.2 Goede trouw in de sector
- 7.3 Normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid
- 7.4 Bijzondere vakkundigheid
- 7.5 Handelsgebruiken, gedragscodes etc.
- 7.6 Gedragscodes en marktpraktijken
- 7.7 Corporate Governance in financiële instellingen
- 7.8 Balans

8 Stellingen

Bijlagen

1 Inleiding

1.1 Algemeen

In haar recente Nijmeegse oratie¹ verzucht Grundmann-van de Krol (p. 89) dat het in het afgelopen decennium niet is gelukt de effectenwetgeving inzichtelijker te maken; het is – zo overweegt zij - daarentegen mistiger geworden. Op Europees gebied hebben het transparantie- en het zorgbeginsel een enorme vlucht genomen (Grundmann-van de Krol, p. 43): er zijn steeds meer transparantieplichten opgelegd aan ‘beursgenoteerde’ uitgevende instellingen en aan financiële dienstverleners (aanbieders van financiële diensten in algemene zin), die tegelijkertijd onderworpen zijn aan steeds meer gedragsregels. Civielrechtelijke handhaving van in nationale wetgeving geïmplementeerde Europese regels wordt (nog) beheerst door het nationale civiele recht, een terrein dat (nog) niet gerekend wordt tot het werkkerrein van de Europese effectenrechtwetgever. Transparantie is daarbij een ruim begrip geworden, dat niet enkel specifieke aspecten van financiële dienstverlening betreft (Grundmann-van de Krol, p. 47). Zelfregulering kan bij normoverdracht een belangrijke rol spelen bij het verwezenlijken van de doelstellingen van Europees financieel recht. Het is echter opvallend dat de Wft op dit terrein juist voor een inperking ervan heeft gezorgd (Grundmann-van de Krol, p. 55).² Van één allesomvattend wetboek voor financiële diensten en markten is geen sprake, al toont Grundmann-van de Krol zich een voorstander van een dergelijke gedachte. Vooralsnog is het financieel- en effectenrecht echter een samenstel van regelgeving uit diverse rechtsgebieden (bestuurs- en privaatrecht) met – zoals aangegeven door mijn mede-leadadviseur Lieveerse – ondoorzichtige handhavingsmechanismen. In de ingewikkelde juridische regelgeving op het onderhavige terrein vormen normstelling, handhaving, compliance en het daaraan verbonden (zelf)normerend gedrag de basis van (juridisch) correcte dienstverlening. Bij collectieve acties en inzake individuele rechtsverhoudingen tussen financiële dienstverleners en cliënten/consumenten bieden de onderliggende regels het juridisch toetsingskader waarbij het privaatrecht en het bestuursrecht elkaar onderling aanvullen. De door mijn mede-leadadviseur uitvoerig behandelde nieuwe wettelijke bepalingen inzake de handhaving van Europese en nationale regels betreffende consumentenbescherming en oneerlijke handelspraktijken spelen daarbij een krachtige rol.

Er bestaat een belangrijke koppeling tussen toezichtwetgeving op financieel gebied, de handhaving en invulling daarvan en vigerende maatstaven van zelfregulering bij – ondermeer – het invullen van het algemene zorgplichtbeginsel. In de Nijmeegse oratie van Grundmann-van de Krol wordt – als gezegd – de gedachte opgeworpen of het financieel- en effectenrecht gebaat zou zijn bij meer (alles) omvattende regelgeving in één wetboek. De achtergrond daarvan is natuurlijk de kwestie of we hier te maken hebben met een afzonderlijk rechtsgebied met eigen beginselen en een eigen dogmatiek. Met name de relatie tussen het privaatrecht en bestuursrecht bij concrete handhaving werpt daarbij tal van vragen op, zowel bij het opstellen van wetgeving als bij de bestuurs- en privaatrechtelijke effectivering daarvan. In dit verband wordt de stelling verdedigd dat ter voorkoming van een rechtens succesvolle toepassing van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken allereerst sprake moet zijn van *eerlijke* handelspraktijken gebaseerd op professionele toewijding en het correct toepassen van de geschreven en ongeschreven regels inzake transparantie, zorg- en informatieplichten

¹ C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen in de mist: op weg naar transparante wetgeving?* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, pgs. 43, 47, 55 en 89.

² Zie bijvoorbeeld de aanscherping regels hypothecaire dienstverlening (voorhang AMvB), voorzien voor de eerste helft van 2011, brief minister van Financiën 21 juni 2010 (FM/2010/4613 en 4170 M), vooralsnog gereguleerd door de Gedragscode Hypothecaire Financiering (GHF).

gebaseerd op de Wft, het algemene privaatrecht en zelfregulering. Daarbij spelen ook vragen inzake de juridische relatie tussen financiële dienstverlener en cliënt/wederpartij (contractuele aspecten) en de juridische relatie tussen financiële dienstverlener en derden (waarbij de regeling van oneerlijke handelspraktijken als onrechtmatige daad een centrale rol kan spelen).³

1.2 Financieel recht als specifiek rechtsgebied

Een specifieke vraag daarbij blijft de kwestie of financieel recht in wezen andere regels kent dan het gemene privaatrecht. Deze vraag is als zodanig reeds onderkend door (ondermeer) Chorley⁴ tegen de achtergrond van de vraag of er in meer algemene zin onderscheid moet worden gemaakt tussen het privaatrecht en het handelsrecht als het gaat om regelgeving en de toepassing daarvan. Chorley geeft aan dat er geen allesomvattende ‘code of commerce’ is voor ‘transactions of the mercantile community’ (p. 3). Wel worden in het financiële recht specifieke wetten aangenomen. Het gaat dan echter (Chorley, p.4) om ‘selections taken from the general law’, bedoeld voor een specifieke soort transacties. Er is geen sprake van een echt wetboek in formele zin (zoals ook voorgesteld door Grundmann-van de Krol): het zijn ‘not codes in continental sense: they have no particular sanctity as opposed to other statutes. Indeed, they are just attempts to set out in statutory form and logical sequence the rules (...).’ Chorley acht dit ‘convenient’, maar ziet hierin beperkingen: ‘this tends to ossify the law at the stage which it has reached when the statute was passed.’ Het betoog van Grundmann-van de Krol in haar Nijmeegse oratie laat zien dat deze bespiegeling onder de huidige Nederlandse financiële wetgeving nog steeds opgeld doet. De koppeling tussen het privaatrechtelijke karakter van de rechtsverhouding tussen financiële dienstverlener en cliënt (gebaseerd op contract en de overige bronnen van verbintenissen, waaronder de regels inzake oneerlijke handelspraktijken als onrechtmatige daad) en het bestuursrechtelijke (handhavings-) kader blijft daarbij problematisch.⁵ De kwesties inzake aandelenlease en World Online, alsmede de DSB-zaak, laten zien dat deze koppeling onverkort moeilijk is en niet zelden tot interpretatieproblemen leidt. Veel regels zijn van algemene aard, zoals de zorgplicht van dienstverleners (artikel 7:401 BW)⁶; het is vervolgens een moeilijke vraag of voor financiële dienstverleners een daarvan afgeleide dan wel een eigen, zelfstandige en enkel voor financiële dienstverleners geldende zorgplicht geldt. Chorley onderkent dit: ‘*And if you were to search through all the pages of one of these textbooks for banking law pure and simple, that is for*

³ Daarbij speelt tevens de vraag of bij financiële dienstverlening sprake is van een enkele overeenkomst als grondslag voor de verhouding tussen financiële dienstverlener en cliënt, dan wel of uitgegaan moet worden van een ‘bankrelatie’ waarvan de onderliggende overeenkomsten deel uitmaken. De vraag wat dan de positie is van derden laat zich in dat geval moeilijk beantwoorden. Met name ook Canaris heeft zich met klem verzet tegen de leer van de ‘bankrelatie’ dan wel het ‘allgemeinen Bankverdrag’. In veel gevallen zal contractuele gebondenheid ontbreken, en dienen verbintenissen te worden gebaseerd op onrechtmatige daad en vergelijkbare ‘gesetzlichen Schuldverhältnisse’. Canaris wijst een algemene zorgplicht van banken af, met name vanwege het ontbreken van een met het algemene contractsbegrip verenigbare basis voor bijzondere verplichtingen van banken ook buiten de concrete contractuele relatie om (‘Eine über die Pflichten aus dem konkreten Einzelgeschäft hinausgehende Verpflichtung der Bank zur Übernahme von Geschäftsbesorgungen besteht nicht’ (...). Ein ‘allgemeinen Bankverdrag’ ist somit dem geltenden Recht unbekannt’). C-W Canaris, Bankvertragsrecht, Berlin – New York: Walter de Gruyter 1988, randnummers 2 tot en met 11. Zie voor Nederland (anders) C. van Ravenhorst, De bankovereenkomst, diss. 1991, vgl. voor theorieën over deze kwestie ondermeer Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* nr. 250 en B. Bierens, Revindicatoire aanspraken op giraal geld, Deventer: Kluwer 2009, p. 57 e.v.

⁴ Lord Chorley, The law of contract in relation to the law of banking, Gilbert Lectures on banking, London: King’s College 1968.

⁵ A.H. Scheltema en M. Scheltema, Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009, Deventer: Kluwer 2009. Vgl. O.O. Cherednychenko, S.H. Kuiper, De Wet oneerlijke handelspraktijken en financiële dienstverlening, NTBR 2008/8, p. 336-348.

⁶ De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.

rules which are by law made specifically applicable to bankers and nobody else, you would find that it could be got into a very few paragraphs.'

1.3 Opzet preadvies

De richtlijn oneerlijke handelspraktijken dient bij uitstek ter bescherming van de belangen van de consument. In dit deel van het preadvies wordt een aantal kwesties ter zake nader uitgewerkt. Darabij wordt het consumentenrechtelijk perspectief als uitgangspunt genomen. In hoofdstuk 1 worden daarom allereerst meer algemene beschouwingen gegeven over het consumentenrecht als zodanig en het begrip consument in het bijzonder (hoofdstuk 1). Daarbij wordt aandacht besteed aan de vraag wie nu precies de consument is, en hoe het staat met diens 'zwakke' positie op de markt. Met name wordt gekeken naar de toetsingsaspecten voor de toepassing van het begrip 'consument'. Vervolgens (hoofdstuk 2) worden kort besproken de doelstellingen van Europese consumentenbescherming op financiële markten. In hoofdstuk 3 (oneerlijke handelspraktijken en eerlijke handel: mercatura honesta en mededingingsrecht, rechtspraak Hof van Justitie EU) komen de achtergrond en de voorgeschiedenis van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken kort aan bod, gevolgd door (hoofdstuk 4) een overzicht van de implementatie van de richtlijn en de handhaving daarvan in andere lidstaten, vooral met het oog op financieel recht. Tevens worden in dat hoofdstuk enkele actuele uitspraken van het Europese Hof van Justitie op dit terrein nader geanalyseerd. Daarna wordt – tegen de achtergrond van algemene doelstellingen op het gebied van het Europees consumentenbeleid – in hoofdstuk 5 nader ingegaan op oneerlijke handelspraktijken in de praktijk van het financiële recht: zorgplichten en professionele toewijding. De begrippen transparantie en de zorg- en informatieplichten bij financiële dienstverlening staan centraal bij de beoordeling van handelspraktijken. Zorgplichten zijn – zo lijkt het – complementair aan oneerlijke handelspraktijken: waar een zorgplicht geschonden wordt, ligt oneerlijkheid (misleiding) voor de hand. Hoofdstuk 6 betreft overwegingen over de relatie tussen gedragscodes, corporate governance bij financiële ondernemingen en de regels inzake oneerlijke handelspraktijken, met name in verband met het criterium 'professionele toewijding' in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Afgesloten wordt met een slotbeschouwing en een aantal stellingen.

2 Enige algemene beschouwingen over consumentenrecht en het begrip consument

2.1 De consument als zwakke partij

Bij het bespreken van ‘de zwakke partij in het recht’ is aandacht voor de positie van de consument in juridische verhoudingen op zijn plaats. Reeds geruime tijd wordt de wens tot verbetering van consumentenbescherming gebaseerd op het uitgangspunt dat de consument juridisch en economisch niet zelden in een zwakke positie staat tegenover de professionele wederpartij (aanbieder van zaken en diensten). Verdergaande consumentenbescherming leidt in veel gevallen tot aanscherping van juridische regels teneinde de consument een betere (meer evenwichtige) positie te geven in dergelijke verhoudingen: het consumentenrecht. Dergelijke regels zijn doorgaans in meerdere of mindere mate dwingend van aard. Het consumentenrecht kan daarom gezien worden als de harde kern van het privaatrecht: veel consumentenrechtelijke regelgeving staat geen afwijking ervan toe ten nadele van de consument. Ook in het bestuursrecht is de positie van de consument van belang: zo heeft consumentenbescherming op financiële markten tegenwoordig alle aandacht. Ook in andere rechtsgebieden is sprake van consumentenbescherming, bijvoorbeeld in het strafrecht als het gaat om het in het verkeer brengen van etenswaren die schadelijk zijn voor de gezondheid. Deze gedachten zijn niet nieuw: reeds in vroeger tijden werd op tal van manieren geprobeerd om op uiteenlopende manieren het vertrouwen van marktdeelnemers in de goede afloop van transacties te ondersteunen. Sociale controle (zelfregulering, gedragscodes) daarbij is evenmin een ‘nieuwe’ uitvinding. Zo was bijvoorbeeld bij de Romeinsrechtelijke *mancipatio* voor overdracht van eigendom aanwezigheid vereist van ten minste vijf gekwalificeerde getuigen (Romeinse burgers) alsmede van een weegschaalhouder (*libripens*). In het bijzijn van de vervreemder en de genoemde personen greep de verkrijger de persoon of zaak, die hij zou verkrijgen, met de hand vast onder het uitspreken van formele bewoordingen, waarna met een koperen munt of met een stuk ongemunt koper tegen de weegschaal moest worden getikt.⁷ Het muntje werd symbolisch aan de koper gegeven. In Middeleeuwse tijden was er wat meer directe rechtsbescherming: de verkoper van bedorven melk werd, aldus enkele middeleeuwse keuren, aan de schandpaal gebonden en kreeg een trechter in de mond waardoor hij zijn eigen product moest opdrinken, totdat een barbier of chirurgijn (het onderscheid was bij medische behandeling niet helder) zei dat het genoeg was. De verkoper van bedorven boter werd op dezelfde manier vastgezet en kreeg de boter op het hoofd; honden mochten de boter eraf likken en de toeschouwers mochten hem beschimpen mits daarbij de naam van de Heer of de Koning niet werd misbruikt.⁸ In later tijden werden prijzenwetgeving, kredietregulering en het verkopen van gevaarlijke producten van strafrechtelijke sancties voorzien; van deze bepalingen is niet veel in stand gebleven (zie bijvoorbeeld art. 175 Sr, verkoop schadelijke waren door schuld). In de moderne tijd wordt steeds vaker gekozen voor collectieve handhavingssystemen (collectieve acties), toezichthouders met bestuurs- en civielrechtelijke sanctiemogelijkheden⁹, en lijkt het privaatrechtelijk systeem van rechtsmiddelen steeds vaker een sluitpost te worden in de rechtsbescherming van de consument.

⁷ Gaius 1, 119 (120-122). De herkomst van het ritueel is ook voor Kaser-Wubbe (p. 43) niet zeker.

⁸ L. Bihl, *Consomateur, défends-toi!*, Paris: Denoël 1976.

⁹ Vgl. de Whc, de Wet handhaving consumentenbescherming die voorziet in handhavingbevoegdheden van de Consumentenautoriteit.

In de onderhavige bijdrage wordt allereerst¹⁰ aandacht besteed aan de positie van de consument als ‘zwakkere partij in het recht’. Vervolgens wordt gezien deze gedachte met name aandacht besteed aan enige recente ontwikkelingen op het terrein van het Europese consumentenrecht (de bakermat van zeer veel nationale consumentenbeschermende regelgeving). De ontwikkeling van een uniform Europees privaatrecht speelt daarbij een belangrijke rol, aangezien het Europese consumentenrecht – naast bijvoorbeeld richtlijnconforme uitleg en het fenomeen van horizontale werking - daarvoor ook materieel gezien een belangrijke grondslag kan bieden.¹¹ Er wordt zelfs gesproken over globalisering van het (internationale) consumentenrecht.¹²

2.2 De positie van de consument

In beginsel bepalen consumenten en producenten grotendeels zelf de spelregels in het economisch verkeer. De consument neemt op de economische markt echter niet zelden een ongelijke positie in: zijn onderhandelingspositie (en ‘bargaining power’) in individuele transacties is doorgaans gering. De consument heeft zelden invloed op de keuze van zijn contractspartij (met name indien sprake is van monopolisten), heeft geen of weinig invloed op het aanbod van producten en diensten, en kan slechts zelden invloed uitoefenen op de inhoud van de overeenkomsten die hij of zij aangaat. De consument heeft niet de keuzemogelijkheid om af te zien van transacties: in alle opzichten is consumeren noodzakelijk.

Indien een open en evenwichtige concurrentie ontbreekt en het aantal aanbieders beperkt is, heeft de consument geen keuze. Ontbreekt een ‘level playing field’ (te controleren door toezichthouders zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit), dan is de keuze tussen aanbieders zeer (te) beperkt. Ondanks de liberalisering van tal van markten bestaan in veel takken van handel en industrie nog openlijke en verborgen machtsposities.¹³ Voor consumenten betekent dit doorgaans een tekort aan keuzemogelijkheden, onvoldoende informatie- en vergelijkingsmogelijkheden en het risico dat de prijs te hoog is.

Betreffende het aanbod van zaken en diensten is de invloed van consumenten gering. Marketing, reclame en verkoopstechnieken¹⁴ beïnvloeden de keuzevrijheid van de consument.

¹⁰ Vgl. voor een overzicht van het geldende consumentenrecht onder meer E.H. Hondius en G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2006, en – infra – TvC, het Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken (Uitgeverij Paris).

¹¹ Korthedshalve citeer ik uit zeer veel publicaties E.H. Hondius, *Gemeenschappelijk referentiekader (common frame of reference): kiem van een Europees BW?*, TvC 2008, p. 134-143 (met veel verwijzingen en een literatuuroverzicht), J.H.M. van Erp, *Komt er dan toch een Europees BW?*, *WPNR* 2009/ 6784, p. 101-104, A.S. Hartkamp, *De werking van het EG-Verdrag in privaatrechtelijke verhoudingen. Opmerkingen over directe en indirecte horizontale werking van het primaire gemeenschapsrecht*, *WPNR* 2009/6792, p. 251-264, S. Prechal en R.H. van Ooik, *Het institutionele recht van de Europese Unie en de Nederlandse rechter: het acquis in een notendop*, *SEW* 2003, p. 328-352 en K.J.M. Mortelmans, *Europees materieel recht voor nationale rechters: l’acquis et le défi communautaires*, *SEW* 2003, p. 78-84.

¹² Chr. Twigg-Flesner & H-W. Micklitz, *Think Global – Towards International Consumer Law*, *Journal of Consumer Policy* 22 mei 2010, Editorial Note.

¹³ ‘In the real world, however, market conditions are far from perfect...’: zie R.R.R. Hardy, *Differentiatie in het (Europees) contractenrecht*, diss. UM 2009, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009 (hierna: Hardy 2009), p. 235.

¹⁴ De bestrijding van oneerlijke en agressieve verkoopstechnieken en de de nieuwe regels inzake oneerlijke handelspraktijken in art. 6:193a e.v.BW zijn daarvoor van cruciaal belang, zie D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Kluwer 2009. Marketing beïnvloedt de keuzevrijheid van consumenten, maar ook diens keuzevrijheid: door marketing, reclame en verkoopstechnieken kunnen bepaalde producten zodanig worden aangeprezen dat men ‘niet meer anders wil’. Meer algemeen kan de keuzevrijheid van consumenten hierdoor worden beïnvloed. Zie bijvoorbeeld R. Dhar & K. Wertenbroch, *Consumer choice between hedonic and utilitarian goods*, *Journal of Marketing Research* [37] Febr. 2000, p. 60-71: ‘the relative salience [belang, JGJR] of hedonic dimensions is greater when consumers decide which of several items to give up (forfeiture choices) than when they decide which item to acquire (acquisition choices). The resulting

En kunnen deze zelfs beperken. Ook misbruik van machtsposities en gebrek aan transparantie kunnen ertoe leiden dat de consument specifieke producten en/of diensten koopt die feitelijk onvoldoende aansluiten bij zijn of haar wensen. Consumentenvertegenwoordiging bij de ontwikkeling van nieuwe producten of diensten is niet gebruikelijk ('consumentenpanels' ontbreken bijvoorbeeld bij het ontwikkelen van complexe financiële producten); de keuze voor een bepaald product of een bepaalde dienst is zelden geheel 'vrij'. De commercialisering en industrialisering hebben geleid tot vergaande standaardisatie van productieprocessen. In veel gevallen is het niet of vrijwel niet mogelijk om te kiezen voor geïndividualiseerde producten (zaken als maatwerk, ambachtelijke verwerking, biologische of – tot op zekere hoogte - gentechnologie-vrije producten daargelaten). Tenslotte ontbreekt het de consument aan voldoende economische macht om de inhoud van de overeenkomsten en transacties die worden aangegaan geheel vrijelijk mede te bepalen in overleg met zijn (professionele) wederpartij. Ook dit juridische aspect van de economische positie op de markt is doorgaans sterk gestandaardiseerd (contractsmodellen, algemene voorwaarden) en de mogelijkheid om bij het aangaan (of tijdens de looptijd) van een overeenkomst wijzigingen aan te brengen in dergelijke standaardcontracten is uiterst gering of volledig afwezig.¹⁵

Het consumentenrecht als uitvloeisel van de beweging tot bescherming van de belangen van de consument (consumentisme) is daarom in beginsel gericht op het herstellen van het evenwicht tussen sterke (producenten en aanbieders van zaken en diensten) en zwakke (consumenten, eindgebruikers) partijen op de markt.¹⁶ Consumentenrecht oriënteert zich daarnaast sterk op het verbeteren van de informatiepositie van de consument¹⁷ en op zelfregulering, een typisch Nederlands fenomeen. Een belangrijk aspect van het Nederlandse consumentenrecht en –beleid betreft het oplossen van spanningen en conflicten en het voorkomen van fricties op de markt door initiatieven als tweezijdig overleg, gedragscodes en andere zelfreguleringsinstrumenten. Handhaving van het consumentenrecht in Nederland is gebaseerd op deze uitgangspunten: een gemengd stelsel.¹⁸ Een enkeling is uitdrukkelijk voorstander van 'hard and fast rules', en zoekt de oplossing in 'empowerment' van consumenten en consumentenorganisaties: het uitgangspunt daarbij is dat de consument in staat moet zijn om zichzelf te helpen teneinde een economisch gelijkwaardige positie te verwerven.¹⁹ Dan zijn scherpe en heldere regels noodzakelijk: 'firm boundaries are always the result of a conflict of interests'.²⁰

2.3 Opkomst van het consumentenrecht

Consumentenrecht wordt wel omschreven als het geheel van normen, regels en instrumenten dat de verwezenlijking op juridisch niveau vormt van verschillende initiatieven die betrekking hebben op het waarborgen of vermeerderen van de bescherming van consumenten op de economische markt. Aan deze – op zich zeer flexibele – omschrijving kan nog worden

hypothesis that a hedonic item is relatively preferred over the same utilitarian item in forfeiture choices than in acquisition choices.'

¹⁵ Vgl. Hardy 2009, p. 183.

¹⁶ Zie hierover onder meer J.G.J. Rinkes, Tien jaar ongelijkheidscompensatie in het consumentenrecht: verdelende rechtvaardigheid, marktwerking en (zelf)regulering, *Sociaal Recht* 1996 11, p. 306-311.

¹⁷ Hardy 2009, p. 69 e.v.

¹⁸ Preventieve acties (ter voorkoming van fricties en het waarborgen van goed en eerlijk functionerende markten) bestaan naast reactieve instrumenten (conflictoplossend), vgl. J.G.J. Rinkes, Handhaving van consumentenbelangen: een gemengd stelsel, *NTBR* 2004/10, p. 509-514.

¹⁹ Zie J.G.J. Rinkes, *European consumer law: making sense*, oratie UM 2005, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2005 (hierna: Rinkes 2005), p. 7 en 17: Consumer law is serious business; penalties must be effective, proportionate and dissuasive.

²⁰ P. Coleman & B. Gibbons, *Britain's natural heritage*, London: Guild Publishing 1987, p. 82.

toegevoegd dat het begrip ‘consument’ (zie hierna) niet eenduidig omschreven is in wetgeving, literatuur en rechtspraak. Maatregelen ter bescherming van de consument door het toekennen van consumentenrechten worden op zeer uiteenlopende wijze genomen; de juridische grondslag ervan kan dus zeer verschillend zijn. Hetzelfde geldt voor de doelstellingen van het consumentenrecht: bescherming kan worden gerealiseerd door strenge (dwingende) regels, door het bevorderen van zelfregulering, het verbeteren van de informatieverstrekking aan consumenten of door verscherpt toezicht op de markt (handhavingsmechanismen en toezicht).²¹ Overheidsinmenging is afhankelijk van de aard van de te beschermen consumentenbelangen, waarbij tegenwoordig de vraag of verbeterde marktwerking daaraan kan bijdragen een belangrijke rol speelt. Daarbij komt dat consumentenbeschermende maatregelen – als gezegd – niet zelden een Europeesrechtelijke oorsprong hebben.²²

Daarmee lijkt gegeven dat de ontwikkeling van het consumentenrecht een tamelijk diffuus karakter heeft. De algemene vraag in hoeverre de opkomst van het consumentenrecht zijn belangrijkste doelstelling heeft gerealiseerd, namelijk: afdoende ongelijkheidscompensatie voor de zwakkere consument, is daarom niet eenduidig te beantwoorden. Tal van vragen blijven bestaan: in hoeverre zal ongelijkheidscompensatie van overheidswege (wetgeving) leiden tot een scheiding tussen commerciële en consumententransacties?²³ In welke mate is op deze grondslag ingrijpen in de verhouding tussen economische marktpartijen wenselijk, gerechtvaardigd en effectief?

Consumentenbescherming oriënteert zich traditioneel aan gerechtigheidsaspecten:²⁴ het uitgangspunt is de juridisch en economisch ongelijkwaardige verhouding tussen professionele aanbieders enerzijds en consumenten anderzijds. Wetgeving kan een oplossing bieden: problemen zoals woekercontracten, oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden en oneerlijke en agressieve handelspraktijken zijn in de eerste plaats legislatieve problemen. Bescherming van de zwakkere partij wordt wel gezien als de enige geheel nieuwe gerechtigheidsgedachte die zich in het huidige BW een plaats heeft veroverd.²⁵ Bescherming tegen financiële zwakte is een wat meer omstreden figuur; doorgaans wordt dit op andere wijze gecompenseerd.²⁶ Matiging van de nadelige gevolgen van overeenkomsten en andere handelingen van aanbieders kan op zeer uiteenlopende wijze vorm krijgen (rechtsverwerking, misbruik van omstandigheden, onrechtmatige daad, dwaling, onvoorziene omstandigheden); in alle gevallen is de grondslag hiervoor te vinden in de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.²⁷ Ingrijpen door de wetgever heeft gevolgen voor de maatschappelijke en economische verhouding tussen de betrokken marktpartijen. De ontwikkeling van het consumentenrecht zou daarom gericht moeten zijn op de rechtvaardigheid van dit ingrijpen. Uiteindelijk dienen consumentenbescherming en consumentenrecht een positieve bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van de samenleving.²⁸ De toename van (dwingend en semi-dwingend) consumentenrecht als onderdeel van steeds toenemende vraag naar

²¹ Bijvoorbeeld door de Consumentenautoriteit en de AFM.

²² Vgl. H. Schulte-Nölke, Perspectives for the development of European consumer law, TvC 2005, p. 137-140.

²³ Zie Hardy 2009, die (p. 322) pleit voor een overeenkomstenrecht voor consumenten, met meer rechtsregels, meer dwingend recht, en gericht op het terugdringen van de informatie-assymetrie tussen partijen en cognitieve tekortkomingen van consumenten.

²⁴ Vgl. Mon. NBW A-5 (Rijken) en A-8 (Hondius).

²⁵ G.E. Langemeijer, De gerechtigheid in ons Burgerlijk Vermogensrecht, bew. Door E.J. Schrage, Zwolle: Tjeenk Willink, 1994, p. 90; vgl. ook M. Loth, Dwingend en aanvullend recht, Mon. BW A-19, p. 41 e.v.

²⁶ Vgl. de Wet op het financieel toezicht (Wft) en de instrumenten die zijn ontwikkeld om de positie van consumenten op financiële markten te verbeteren, zoals bijvoorbeeld CentiQ.

²⁷ Mon. NBW A-16 (Abas), Mon. NBW A-5 (Rijken).

²⁸ K. Simitis, Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip, Baden-Baden: Nomos 1976, p. 156, K. von Hippel, Verbraucherschutz Tübingen: Mohr 1986, p. 44.

consumentenbescherming draagt echter een aantal risico's in zich. In de eerste plaats bestaat het risico van steeds cumulerende interventies door de wetgever (consumentenrecht is zo langzamerhand een 'lawyers' paradise' geworden). Nieuwe maatregelen zullen nog specifiek ingrijpen in maatschappelijke verhoudingen of uitdrukkelijk proberen een nieuw contractsevenwicht te bereiken. Een tweede gevaar is de geringe doelmatigheid van maatregelen ter bescherming van 'zwakkere' contractspartijen. Ingrijpen dat uitsluitend gebaseerd is op (de wenselijkheid van) bescherming van zwakkeren is onvoldoende; steeds moet de wetgever economische aspecten, gerechtigheid en efficiëntie van de genomen maatregelen toetsen in samenhang met de gekozen instrumenten en de daarbij behorende handhavingsmechanismen. Voorts bestaat de kans dat voortdurend ingrijpen door de wetgever in de verhouding tussen professionele aanbieders en consumenten zal leiden tot een 'Sonderprivatrecht' voor consumententransacties. Het is de vraag of dit wenselijk is.²⁹

2.4 Het beeld van de consument

De bescherming van de consument heeft een hoge vlucht genomen: het rechtsgebied omvat een enorm scala aan problemen en regelgeving.³⁰ Een heldere en eenduidige definitie van het begrip 'consument' ontbreekt. Zo kent het BW een – onwenselijk?³¹ – groot aantal uiteenlopende definities van het begrip consument in vermogensrechtelijke verhoudingen.³² Tal van gezichtspunten zijn denkbaar: zo kan worden gedifferentieerd naar het type transactie of handeling³³, dan wel naar de hoedanigheid van de wederpartij van de professionele aanbieder.³⁴ Daarmee wordt erkend dat het moeilijk is om vast te stellen wie precies (wanneer) consument is, en welke bijzondere belangen hij of zij kan doen gelden in een rechtsverhouding.³⁵ Wel is duidelijk dat 'consumenten' kunnen variëren en de afweging van de betrokken belangen³⁶ in concrete gevallen in alle opzichten steeds moeilijker wordt, of het

²⁹ Hondius (Mon. NBW A-8) stelt vast dat deze gedachte in de EU weinig weerklank heeft gekregen, in ieder geval niet in Nederland. In sommige landen zijn delen van het consumentenrecht gecodificeerd in aldus herkenbare wetten, of is sprake van een samenbundeling ervan. Het Europese consumentenrecht (het *acquis*) is als zodanig niet volledig gecodificeerd in een samenhangende regeling. Ook de hierna te bespreken actuele ontwikkelingen ter zake betreffen slechts deelcodificaties. Niettemin is verdedigbaar dat voor een slagvaardige, zelfstandige en goed geïnformeerde consument heldere en samenhangende codificatie effectief zou kunnen zijn voor verbetering van de positie van de consument op de markt, mede ter bevordering van de rechtszekerheid (ook voor professionele partijen).

³⁰ Vgl. TvC 2004, p. 169-171; SER-advies 04/06, p. 30: sinds de introductie van het Europese consumentenbeleid (het eerste voorlopige Europese programma voor consumentenbescherming en informatiebeleid dateert van 25 april 1975) zijn op allerlei onderdelen ervan *soft and hard law* maatregelen genomen. Vastgesteld kan worden dat sprake is van een versnipperde regelgeving en een versnipperd handhavingssysteem (vgl. bijvoorbeeld de bevoegdheidsverdeling tussen Consumentenautoriteit en andere toezichthouders zoals de NMa, DNB, AFM, Opta etc.). Voor lidstaten beperkt dit de ruimte voor een eigen consumentenbeleid.

³¹ T. Hartlief, J. Hijma en L. Reurich, *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

³² Vgl. Hardy 2009, p. 3-68 en – voor het Europese recht - C.C. van Dam, *De gemiddelde Euroconsument – een pluriform fenomeen*. Over de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de rechtspraak van het Hof van Justitie, SEW 2009, 2. p. 3-11. Zie tevens P. Vlas in zijn noot onder NJ 2006, 278 en M.B.M. Loos, WPNR 2005/6638.

³³ Zie bijvoorbeeld art. 6:188, art. 7:2 en art. 7:5, art. 3:15d BW.

³⁴ Vgl. art. 4:18a Wft, art. 7:963, art. 7:446, art. 7:500 BW.

³⁵ G. Straetmans, *Consument en markt*, Antwerpen: Kluwer 1998 (hierna: Straetmans 1998), p. 54. Hondius analyseert het begrip 'consument' in de Franken-bundel (2003).

³⁶ Ook kwesties als gelijke behandeling en grondrechten kunnen daarbij een rol spelen. Deze materie heeft ruim aandacht gekregen, vgl. C. Mak, *Fundamental rights in European contract law*, diss. UvA 2007, Kluwer Law International 2008, O.O. Cherednychenko, *Fundamental rights, contract law and the protection of weaker parties*, diss. UU 2007, München: Sellier 2007, J.M. Smits, *Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing*, RM Themis 2006, p. 134-140, idem: *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003. De grondrechtenbescherming in de EU wordt

nu gaat om bijvoorbeeld de onderwijsconsument, de zorgconsument, de consument van een financiële dienst (al dan niet op afstand), de energieconsument of de reisconsument. De consumentenbeschermende regelgeving is omvangrijk te noemen. Een inventarisatie uit 2004 van Nederlandse specifiek op de consument gerichte wetgeving levert ten minste 60 regelingen op;³⁷ het compendium van het Europese consumentenrecht beslaat meer dan 500 pagina's.³⁸ Naast deze specifieke consumentenregelgeving bestaan instrumenten om in te grijpen bij onevenwichtigheid bij consumententransacties ook nog het algemene vermogensrecht en tal van bijzondere regelingen in andere rechtsgebieden. Gezien deze ontwikkelingen is terecht reeds eerder de vraag gesteld³⁹ of het uitgangspunt van de bescherming van de zwakke consument juist is: *les consommateurs sont-ils en position de faiblesse?* Een dergelijk uitgangspunt is problematisch, niet enkel omdat 'faiblesse' (aldus Straetmans in navolging van Calais-Auloy, t.a.p.) een contaminatie is van 'faire blesser', en 'faible' een synoniem van 'débile' kan zijn. *En protégeant le plus faible, on finit par l'excuser de son étourderie et de sa négligence: on finit par lui donner une mentalité d'assisté. En voulant le protéger contre sa faiblesse, on risqué de perpétuer cette faiblesse.* Ook in het Nederlandse vermogensrecht lijkt dit de aangewezen weg: consumentenbelangen zijn een uitvloeisel van het algemeen belang, en dienen niet gebaseerd te zijn op compensatie voor een zwakkere contractspartij.⁴⁰ Dit is tevens het uitgangspunt van het Europese consumentenrecht: *Das Gemeinschaftsrecht geht vom Konzept des aufgeklärten, 'mündigen' und informierten Verbrauchers aus. Verbraucherschutz als Sozial- und Minderheitenschutz ist im Rahmen des Mindestharmonisierung grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten.*⁴¹ Het Europese consumentenrecht is tot op heden vooral gericht geweest op minimum-harmonisatie (enkele uitzonderingen zoals productenaansprakelijkheid daargelaten) en op het verbeteren van de informatiepositie van de consument, waarbij zaken als bedenktijden en herroepingsrechten een belangrijke rol spelen.⁴² In specifieke deelgebieden van het Europese consumentenrecht zoals het voedselveiligheidsbeleid 'from farm to fork' is echter al duidelijk dat gebrek aan daadkracht en openheid over de achtergrond van te nemen maatregelen en gebrekkige consumentenparticipatie tot een vertrouwenscrisis bij de Europese burgers kunnen leiden.⁴³ Op financiële markten is de situatie bij gebrek aan toezicht en transparantie niet anders, en dienen consumentenbelangen op een andere en minder vrijblijvende wijze te worden gewaarborgd.⁴⁴ Het is de vraag of niet ook in algemene zin het Europese consumentenrecht moet worden aangescherpt met regels die een meer dwingend karakter hebben.

ingewikkelder, zie M.L.H.K. Claes, Het Verdrag van Lissabon en de Europese grondrechtenmozaïek, SEW 2009/4, p. 162-168.

³⁷ Consumentenklachten en collectieve acties, inventarisatie EIM/EZ mei 2004.

³⁸ H. Schulte-Nölke, Chr. Twigg-Flesner, M. Ebers, EC Consumer Law Compendium, EU 2007, München: Sellier 2008.

³⁹ Straetmans 1998, p. 54-55.

⁴⁰ Zie T. Hartlief, De vrijheid beschermd: enkele opmerkingen over contractsvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht, Deventer: Kluwer 1999.

⁴¹ N. Reich & H.-W. Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, Baden-Baden: Nomos 2003 (hierna: Reich/Micklitz 2003), p. 45.

⁴² Hardy 2009, p. 69-182, M.B.M. Loos, De effectiviteit van de bedenktijd als instrument voor consumentenbescherming, TvC 2003, p. 6-23, M. Radeideh, The principle of fair trading in EC law, information and consumer choice in the internal market, diss. RUG 2004. Inmiddels bestaan 'echte' en 'valse' bedenktijden: in het laatstgenoemde geval dient de bedenktijd enkel als instrument tot nakoming van informatieplichten, Loos TvC 2004, p. 81.

⁴³ E.I.L. Vos, Overcoming the crisis of confidence: risk regulation in an enlarged European Union, oratie UM 2004.

⁴⁴ Vgl. bijvoorbeeld het jaarverslag 2008 van de AFM p. 24 e.v., alsmede J.G.J. Rinkes, Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht, NTHR 2007/6, p. 223-235 en G.R. Boshuizen en B.H. Jager, Verzekerd van toezicht, Deventer: Kluwer 2010. De nieuwe regels betreffende handelspraktijken hebben de mogelijkheden voor de AFM om onder meer

2.5 Handhaving van consumentenbelangen

De handhaving van de Nederlandse en Europese regelgeving ter bescherming van de consument kan gezien worden als een ‘lappendeken’. De situatie ter zake is recent uitvoerig beschreven door Van Boom en Loos; zie tevens het preadvies van Lieverse.⁴⁵ Op tal van terreinen bestaan rechtsmiddelen, zowel collectief⁴⁶ als individueel. Het waarborgen van adequate ‘access-to-justice’ voor de consument is daarmee geen eenvoudige zaak. In hoofdzaak blijft het Nederlandse stelsel een kwestie van ‘eigen verantwoordelijkheid’ op basis van het Burgerlijk Wetboek; daarnaast bestaat een ingewikkeld stelsel van publiekrechtelijk toezicht op specifieke markten en – in beperkte mate – strafrechtelijke handhaving voor bijzondere onderdelen van het consumentenrecht. In Nederland bestaan ten minste vier typen van handhaving: zelfregulering (bijvoorbeeld tweezijdig overleg inzake algemene voorwaarden, geschillencommissies, gedragscodes), civielrechtelijke handhaving (rechter, BW),⁴⁷ strafrechtelijke handhaving (ECD, OM) en sectorale publiekrechtelijke toezichthouders met bestuursrechtelijke en civielrechtelijke bevoegdheden.⁴⁸ Niet ondenkbaar is echter dat er in deze situatie toch nog ‘witte vlekken’ in rechtsbescherming bestaan. Het Europese stelsel van handhaving van consumentenbescherming is vooral gericht op het wegnemen van belemmeringen bij grensoverschrijdend consumentenverkeer. Kern daarvan zijn de recente richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken⁴⁹ en de verordening betreffende samenwerking tussen nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming.⁵⁰ Deze nieuwe ontwikkelingen bleken lastig inpasbaar in het Nederlandse handhavingssysteem, vooral omdat adequate instrumenten daartoe ontbraken.⁵¹ Handhaving lijkt tegenwoordig vooral gericht te zijn op zelfregulering en tweezijdig overleg (geschillencommissies), en op publiekrechtelijke mogelijkheden tot handhaving door toezichthouders.⁵²

2.6 Nieuwe regels ter bescherming van de consument

Het Europese consumentenrecht en de noodzaak tot adequate rechtsbescherming staat (hernieuwd) in de belangstelling van de Europese Commissie. Tal van initiatieven zijn ontwikkeld teneinde de positie van de consument op de Europese markt te verbeteren.⁵³ De

financiële piramidespelen aan te pakken verruimd, persbericht AFM 5 mei 2009. Zie tevens Ned. Ver. van Banken; [et al.], Consumentenbescherming : laveren tussen paternalisme en eigen verantwoordelijkheid Amsterdam : NVB, 2008.

⁴⁵ W.H. van Boom & M.B.M. Loos, Handhaving van het consumentenrecht, Preadviezen 2009 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2010.

⁴⁶ W. van Boom & M.B.M. Loos (eds.), Collective enforcement of consumer law, Groningen: Europa Law Publishing 2007; zie ook het Ecosoc advies over de rol van rechtsregels voor groepsacties in het Europese consumentenrecht, initiatiefadvies 13 en 14 februari 2008 (2008/C 162/01).

⁴⁷ Hierbij dient nog vermeld te worden dat de kantonrechter in de toekomst mede zal gaan functioneren als een soort ‘consumentenrechter’ aangezien de competentiegrens zal worden opgetrokken tot € 25.000,-, zie Kamerstukken I 2009-2010, nr. 32021: er komt een kamer voor kantonzaken met nieuwe competentieregels (artikel III wetsvoorstel onder B en C, wijziging artikel 71 en 93 Rv). Waarschijnlijk zal deze wijziging ingaan per 1 maart 2011.

⁴⁸ Met als kanttekening de vraag of individuele consumenten – anders dan nu het geval is - in staat zouden moeten zijn om toezichthouders tot actie te dwingen in individuele of collectieve gevallen.

⁴⁹ Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005.

⁵⁰ Verordening (EG) Nr. 2006/2004 van 27 oktober 2004.

⁵¹ W.H. van Boom, Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken, TvC 2008, p. 4-24.

⁵² Zie hierover kritisch M.G. Faure, Onbegrensd toezicht?, Justitiële verkenningen jrg. 34, nr. 6 2008, p. 84-104.

⁵³ Vgl. M.B.M. Loos, Herziening van het Europees consumentenrecht, NTER 2008, p. 29-39 en 74-83.

meest recente ontwikkeling is het voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten.⁵⁴ Anders dan men op basis van de titel zou verwachten, betreft dit geen algehele herziening van alle Europese consumentenrechtelijke regels. Het voorstel is één van de resultaten van de herziening van consumentenacquis, en bestrijkt (slechts) een beperkt aantal richtlijnen op het gebied van de consumentenbescherming. De consument in Europa heeft nog weinig vertrouwen in grensoverschrijdende handel, onder meer tengevolge van de versnippering van het consumentenacquis en het variabele niveau van consumentenbescherming in de lidstaten, aldus de toelichting bij het voorstel. Het algemene doel van het voorstel is bij te dragen tot het beter functioneren van de b2c-interne markt door het vertrouwen van de consument te versterken en de terughoudendheid van het bedrijfsleven inzake grensoverschrijdende handel te verminderen. Daartoe is ervoor gekozen de versnippering van regelgeving aan te pakken, het regelgevend kader te stroomlijnen en consumenten een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming te bieden.⁵⁵ Er is geen sprake van een algehele herziening; het voorstel dient ertoe om een beperkt aantal richtlijnen aan te passen, te weten de richtlijnen betreffende buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (Richtlijn 85/577/EEG), oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG), op afstand gesloten overeenkomsten (Richtlijn 97/7/EG) en de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (Richtlijn 1999/44/EG).⁵⁶ Het voorstel combineert deze vier richtlijnen in één enkel horizontaal instrument, en volgt niet de bestaande minimumharmonisatie. De oorspronkelijke richtlijnen lieten toe dat lidstaten striktere nationale regels konden handhaven of invoeren dan die van de genoemde richtlijnen; het voorstel behelst uitdrukkelijk volledige harmonisatie (lidstaten mogen geen bepalingen handhaven of invoeren die afwijken van de richtlijn). Het voorstel – gebaseerd op het Groenboek Herziening van het consumentenacquis uit 2007⁵⁷ - heeft geen unanieme enthousiaste ontvangst gekregen. Vanuit verschillende invalshoeken is kritiek geuit op de voorstellen.⁵⁸ Naast inhoudelijke kritiek is ook commentaar gekomen op het feit dat het voorliggende voorstel vrijwel geheel losgekoppeld is van het Draft Common Frame of Reference.⁵⁹ Loos is⁶⁰ – kort weergegeven - van mening dat waar maatregelen van meer technische aard aan de orde zijn, volledige harmonisatie niet per se problematisch hoeft te zijn. Hij denkt daarbij allereerst aan terminologie, werkingsgebied, informatievereisten, vormvereisten voor het sluiten van overeenkomsten en bijzondere regels voor herroepingsrechten en bedenktijd. Loos twijfelt echter of de gekozen volledige harmonisatie daarvoor geschikt is. Regels van procedurele aard lenen zich wel daarvoor, maar regels van materiële aard (Loos noemt in het

⁵⁴ COM(2008) 614 definitief van 8 oktober 2008. Zie hierover voor Nederland uitvoerig M.W. Hesselink & M.B.M. Loos, Het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten – een Nederlands perspectief, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2009. Vgl. tevens de Kamerstukken inzake de subsidiariteitstoets van het voorstel, Kamerstukken II 2008-2009, 31 733 nr. 1/A.

⁵⁵ In de toelichting spreekt de Commissie over de kwestie wat de meest geëigende manier is om consumenten op verkooppunten te informeren over hun ‘grondrechten’ (sic). Anderstalige teksten spreken over ‘diritti fondamentali’ dan wel ‘basic rights’, etc.

⁵⁶ Een interessant punt bij de laatstgenoemde richtlijn is de vraag of ook producenten bij consumentenkoop rechtstreeks aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld, vgl. het Ecosoc advies 13 en 14 februari 2008 COM(2007) 210 final, 2008/C 162/04.

⁵⁷ Groenboek, 8 februari 2007, COM(2006) 744 definitief.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld M.B.M. Loos, Volledige harmonisatie van het Europese consumentenrecht: voorzichtigheid geboden!, TvC 2009, p. 33-36 en M.G. Faure, Towards a maximum harmonization of consumer contract law?, 15 Maastricht Journal 4 (2008), p. 433-445.

⁵⁹ M.W. Hesselink, The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart? (February 20, 2009). Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009.02. Available at <http://ssrn.com/abstract=1346981>.

⁶⁰ TvC 2009, p. 33-36.

bijzonder regels op het gebied van de consumentenkoop en de algemene voorwaarden) lenen zich naar zijn mening niet hiervoor, vooral als er op die punten wisselwerking bestaat met algemene bepalingen van contractenrecht. Ook de verhouding tussen algemeen contractenrecht en de regels inzake onrechtmatige daad zouden verhelderd moeten zijn alvorens tot de voorgestelde harmonisatie zou kunnen worden overgegaan. Loos maant tot voorzichtigheid, met name tegen de achtergrond van de wenselijkheid om het nationale privaatrecht op een coherente wijze vorm te geven. Er zou ruimte moeten blijven voor spontane harmonisatie op nationaal niveau. Faure (a.w.) is voorstander van een gedecentraliseerde en gedifferentieerde aanpak, en meent dat de Commissie in het geheel geen argumenten heeft aangevoerd die volledige harmonisatie op dit deel van het consumentencontractenrecht zouden kunnen rechtvaardigen. Hij meent dat het voorstel gezien kan worden als een interessant gedachtenexperiment of een politieke misslag; de Commissie zou er naar zijn oordeel goed aan doen het voorstel direct in te trekken teneinde haar reputatie te redden. Een kernargument van de redenering van Faure is dat de Commissie kennelijk gelooft dat enkel het bevorderen van grensoverschrijdende handel een voldoende argument is voor volledige harmonisatie, waarbij de Commissie geheel voorbijgaat aan juridische en economische theorieën die deze gedachtegang ten sterkste bestrijden. Hesselink (a.w.) stelt vast dat het niveau van consumentenbescherming dat in het voorstel wordt geboden beduidend lager ligt dan hetgeen op dat punt is neergelegd in het DCFR. Zoals de Commissie al eerder had aangegeven⁶¹ (maar niet heeft uitgevoerd) zou bij laatstgenoemd project aansluiting moeten worden gezocht. Deze aansluiting ontbreekt nu volledig, hetgeen door Hesselink wordt betreurd. Interessant is dat Hesselink wel van mening is dat het voorstel zou kunnen passen in een scenario dat zou kunnen leiden tot een Consumentenrechtwetboek binnen één of twee decennia. Mocht dat de bedoeling zijn, dan is het zaak dat de Commissie dit nu reeds kenbaar zou maken; de Raad en het Parlement zouden vervolgens hun visie op dat streven kunnen geven.

In het voorstel worden – zoals Loos aangeeft – enkele termen verduidelijkt. Consument is iedere natuurlijke persoon die bij de onder de richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. Het voorstel beoogt een ruim toepassingsgebied: onder de aangegeven voorwaarden en in de mate als aangegeven in de bepalingen ervan, is de richtlijn van toepassing op verkoop- en dienstenovereenkomsten tussen handelaren en consumenten. Het voorstel versterkt de verplichting tot het verstrekken van consumenteninformatie; het gaat daarbij om algemene informatieverplichtingen en informatie inzake – met name – op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten. In deze gevallen wordt het herroepingsrecht van consumenten versterkt. Voorts biedt het voorstel nieuwe regels inzake verkoopovereenkomsten. De conformiteitsgarantie van de verkoper krijgt een maximale termijn van twee jaar na risico-overgang. De huidige regeling inzake oneerlijke bedingen wordt aanmerkelijk aangepast (zo wordt voorgenomen om een Comité voor oneerlijke bedingen in te stellen, en zijn is de oorspronkelijke lijst met oneerlijke bedingen gesplitst in een lijst met oneerlijke en verondersteld oneerlijke bedingen, ‘zwart’ en ‘grijs’, zo men wil). Ondanks de kritiek op het voorstel is het enkele feit dat voorgenomen wordt middels volledige harmonisatie een deugdelijke basis te geven aan de consumentenbescherming op de door het voorstel bestreken gebieden, toe te juichen. Effectiviteit van de regels en de handhaving ervan (zowel collectief als individueel) worden daardoor bevorderd. Op het punt van de wenselijkheid van coherentie van nationaal privaatrecht en inbedding in de ontwikkeling van een Europees BW loopt het voorstel duidelijk uit de pas met de voortgang

⁶¹ Communautair actieplan op het gebied van het consumentenbeleid 2007-2013 (Besluit nr. 1926/2006/EG), Strategie voor het consumentenbeleid 2007-2013 (mededeling van de Commissie aan de Raad, het EP en het Ecosoc van 13 maart 2007 COM/2007/0099 def.) .

van deze politieke en academische ontwikkelingen. Het is echter de vraag of men moet wachten op een dergelijk ideaalbeeld.⁶² De visie van Hesselink is aantrekkelijk: het voorstel kan inderdaad gezien worden als een eerste stap in de ontwikkeling naar een (volledig geharmoniseerd) Europees consumentenrecht dat consumenten in staat stelt om hun rechten op eenvoudige wijze te verwezenlijken. Naast de toenemende mogelijkheden voor toezichthouders om bestuurlijke boetes op te leggen en civielrechtelijk actie te ondernemen in het algemeen belang, dienen ook consumenten instrumenten te hebben om heldere en eenvoudig te begrijpen consumentenbeschermende regels in te roepen en te verwezenlijken. Het voorliggende voorstel biedt daartoe in ieder geval de eerste aanzet.

2.7 Consument en eigen verantwoordelijkheid

Het succesvol functioneren van de Europese markt voor de consument vooronderstelt dat aanbieders en consumenten hun eigen verantwoordelijkheid nemen.⁶³ Er dient – zowel nationaal als grensoverschrijdend – meer kennis te zijn bij marktpartijen inzake rechten en plichten; de toegang tot individuele en collectieve geschillenbeslechting dient te worden verbeterd en inbreuken op het consumentenrecht met een collectief karakter moeten publiekrechtelijk worden aangepakt. Deze nieuwe tendens bij het beschermen van de consument als ‘zwakkere’ contractspartij heeft deels een Europeesrechtelijke oorsprong, maar is ook een neveneffect van de veranderde visie op de rol van de overheid en van een veranderende waardering van instrumenten tot ordening en sturing van de samenleving. De nieuwe visie hanteert economische wetten als sturingsinstrument in plaats van *command and control*; de taak van de overheid is in die visie de context te vormen en te beschermen waarin dergelijke wetten kunnen werken.⁶⁴ Bij handhaving dient het uitgangspunt te zijn dat de consument als volwaardig marktdeelnemer tevens marktburger is. Reich en Micklitz⁶⁵ nemen terecht als uitgangspunt voor het Europees consumentenrecht de vaststelling dat de begrippen ‘consumenten’ in art. 153 EG en ‘burger van de Unie’ (art. 17)⁶⁶ een wezenlijke verwantschap hebben als dragers van specifieke gemeenschapsrechten die het bereik van de klassieke basisvrijheden overstijgen. Volwaardige rechtsbescherming is dan ook vereist. De modaliteiten daarvan zijn diffuus; duidelijk is wel dat de overheid op de huidige economische markt niet kan nalaten daarbij een zelfstandige en actieve rol te spelen. Dit is ook voor

⁶² Meer in algemene zin is het denken vanuit ideaalmodellen de grondslag van de ontwikkeling van een ‘Europees privaatrecht’ in de vorm van Principles of een CFR. Over deze ontwikkeling is veel te zeggen; op deze plaats volstaat wellicht de vaststelling dat deze nieuwe (postmodernistische en soms wat modieuze) aanpak van de dogmatische onderbouwing van het privaatrecht een duidelijk filosofische basis heeft: door het werken met ideaalmodellen bekent men zich tot het gedachtegoed van Plato. Zoals geformuleerd in Monroe W. Strickberger, *Evolution*, Boston: Jones and Bartlett Publishers, 1996, op p. 3 en 4 is volgens Plato ‘the observable world – our experience – no more than a shadowy reflection of underlying ‘ideals’ that are true and eternal for all time (...) the platonic goal for human society was to analyze experience in order to understand and strive for ideal perfection.’ Er is wat voor te zeggen (p. 4): ‘idealism originates from our often-used ability to abstract concepts from experience (...) the struggle between generalization and particularization is continual, because only by generalizing can we conceive of regularity in nature and thereby consciously adapt to its needs, but only by particularizing can we contact and observe reality.’

⁶³ Zie de discussie over consumentenbescherming en paternalisme, Ned. Ver. van Banken; [et al.], *Consumentenbescherming : laveren tussen paternalisme en eigen verantwoordelijkheid* Amsterdam : NVB, 2008 en F.M.A. ’t Hart en C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument, Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht* 2006, Deventer: Kluwer 2006, met name stelling I op p. 119-120. Dit is geen eenvoudige zaak: zo moet hypotheekinformatie ook zonder de hulp van een adviseur te vinden en begrijpelijk zijn, AFM 31 maart 2010.

⁶⁴ NTBR 2004, p. 514.

⁶⁵ Reich/Micklitz 2003, p. 48.

⁶⁶ In het Verdrag van Lissabon vernummerd tot 6bis, respectievelijk 28A, vgl. art. 36 en 128 Verdrag, Trb. 2008, 11.

ondernemers van groot belang: goede handelspraktijken (zorgplicht, professionele toewijding) mogen niet ondergesneeuwd raken en beconcurrereerd worden door de praktijken van malafide aanbieders. De keuze voor het juiste instrumentarium voor de handhaving van het bonte palet aan consumentenbeschermende regelgeving is niet eenvoudig te maken, al is het maar omdat een consistent consumentenbeleid en een eenduidig gecodificeerd consumentenrecht zowel nationaal als op Europees niveau ontbreken. De nieuwste voorstellen voor een gedeeltelijke herziening van het consumentenrechtelijk acquis doen daar niet aan af: *Die 'Flut' unterschiedlichen Rechtsakte lässt es nicht zu, dem Prinzip der Einfachheit zum Durchbruch zu verhelfen.*⁶⁷ Voor het privaatrecht is de belangrijkste uitdaging in dit ingewikkelde regelgevingsveld de eigen positie te behouden en verder te ontwikkelen: contractsvrijheid, burgerschap en – in die volgorde – bescherming van zwakkere partijen blijven daarbij bij uitstek het fundament van het (Europees) consumentenrecht.

2.8 Het begrip 'consument'

Het consumentenrecht kan worden gezien als de 'harde kern' van het privaatrecht: veel consumentenrechtelijke regelgeving staat geen afwijking ervan toe ten nadele van de consument. Ook in het bestuursrecht is de positie van de consument van belang, zo heeft (zie het navolgende) consumentenbescherming op financiële markten tegenwoordig alle aandacht. Deze gedachten zijn niet nieuw.⁶⁸ Diverse definitieproblemen hebben zich daarbij aangediend: zo ontbreekt – als gezegd – een eenduidige definitie van het begrip 'consument'.⁶⁹ Een pluriforme visie op het begrip 'consument' leidt niet tot grote problemen bij het realiseren van doelstellingen van de Europese en nationale wetgever inzake consumentenbescherming. De consument is burger, marktdeelnemer en economisch subject. Hij is eindverbruiker en kan worden ondergebracht in tal van verschillende groepen. Het perspectief van de wederpartij (de ondernemer/aanbieder) is daarbij relevant, maar niet doorslaggevend. Juridisch wel doorslaggevend zijn de aard en ratio van de onderliggende rechtsverhouding en de daarop toepasselijke specifieke regels. Beroeps- en bedrijfsmatig handelende personen zijn daar – uitzonderingen daargelaten – niet aan onderworpen.⁷⁰ Vrijwel steeds zal het – specifieke regels daargelaten – gaan om natuurlijke personen. De stelling dat daarbij enkel de beschermingsgedachte centraal staat (en betwistbaar is) zou ik willen verwerpen: geen paternalisme dus. Consumenten kunnen niet worden gedefinieerd vanuit de bedoeling van de wetgever om een bepaald contractsevenwicht te bewerkstelligen. Die bedoeling is een rechtspolitieke (of economische) keuze; de juridische realiteit ervan is dat een bepaald juridisch effect wordt bereikt voor een specifieke groep. Het zijn van consument is een feit (in te vullen met de hierboven weergegeven richtsnoeren).⁷¹ Indien deze feitelijke vaststelling tot een positief antwoord leidt op de vraag of een bepaalde contractspartij consument is, kan de (feiten)rechter aan de hand van de casus

⁶⁷ Reich/Micklitz 2003, p. 1231.

⁶⁸ Zie J.G.J. Rinkes, 'De consument als zwakke partij', *Ars Aequi* 2009-6.

⁶⁹ Vgl. Loos 2005 en Van Dam 2009. Zie tevens J.G.J. Rinkes, 'Het begrip 'consument' in het verzekeringsrecht: nationale en Europese perspectieven', in: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes (eds.), *Consument en Verzekering* (ACIS-serie nr. 2), Zutphen: Uitgeverij Paris 2010, p. 11-51.

⁷⁰ Dat wil niet zeggen dat zij geen verdere bescherming zouden behoeven, maar wel dat de huidige consumentenregels niet voor hen bedoeld zijn. Zowel Europees als nationaal is nadere aandacht op zijn plaats voor met name SME's (small and medium sized enterprises). 18 februari 2010 was EU Finance Day for SME's.
⁷¹ Steun hiervoor is ook te vinden in het Duitse recht, vgl. BGH 30 september 2009 - VIII ZR 7/09: 'Schließt eine natürliche Person ein Rechtsgeschäft objektiv zu einem Zweck ab, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, so kommt eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.'

(omstandigheden van het geval) vaststellen welke invulling het zijn van consument in een bepaalde rechtsverhouding dient te krijgen.

In het algemeen is – zo blijkt – nog veel werk aan de winkel als het streven naar een hoog niveau van consumentenbescherming serieus wordt genomen. Een voldoende duidelijke en heldere omschrijving van het begrip ‘consument’ biedt dan voor alle partijen duidelijkheid. Het nastreven van een uniform begrip ‘consument’ is niet dienstig voor het verwezenlijken van alle juridische, economische en maatschappelijke rollen die consumenten en aanbieders op een bepaalde markt beogen.

2.9 Definitie van het begrip ‘consument’

In de Gruber-zaak heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zich uitgesproken over het begrip ‘door consument gesloten overeenkomst’ ex art. 13 EEX-Verdrag.⁷² Aangenomen mag evenwel worden dat de uitleg van het begrip ‘consument’ in dezen ook betekenis heeft voor andere regelingen van Europees consumentenrecht zoals bijvoorbeeld de EG-Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten 1993.⁷³ Het ging in de Gruber-zaak om een Oostenrijkse landbouwer die dakpannen had aangeschaft bij het Duitse bedrijf BayWa. De dakpannen waren bestemd voor zijn boerderij die hij voor 62% voor privé-doeleinden (als woning voor zijn gezin) gebruikte en voor 38% voor zijn landbouwbedrijf. Na voltooiing van het aanbrengen van de dakpannen van BayWa op het dak van zijn boerderij ontdekte Gruber dat de gekochte dakpannen aanzienlijke kleurverschillen vertoonden. Gruber heeft vervolgens BayWa op grond van art. 13 EEX-Verdrag voor de Oostenrijkse rechter gedaagd maar BayWa heeft vervolgens de bevoegdheid van de Oostenrijkse rechter betwist. Kon Gruber als een ‘consument’ ex art. 13 EEX worden aangemerkt?

Het Hof van Justitie overwoog ten aanzien van de vraag wat de reikwijdte is van het begrip ‘consument’ ex art. 13 EEX-Verdrag in r.o. 39: ‘In dit verband volgt duidelijk uit de doelstelling van de artikelen 13 tot en met 15 Executieverdrag, die erin bestaat de persoon van wie wordt aangenomen dat hij zich ten aanzien van zijn wederpartij in een zwakkere positie bevindt, passende bescherming te verstrekken, dat een persoon die een overeenkomst sluit voor een gebruik dat gedeeltelijk op zijn beroepsactiviteit betrekking heeft en daarvan dus slechts gedeeltelijk losstaat, zich in beginsel niet op deze bepalingen kan beroepen. Dit ligt slechts anders indien deze overeenkomst zo losstaat van de beroepsactiviteit van de betrokkene dat het verband marginaal wordt en bijgevolg in het kader van de verrichting, in haar totaliteit beschouwd, waarvoor deze overeenkomst is gesloten, slechts een onbetekenende rol speelt.’

Wanneer is er nu sprake van de situatie dat het beroepsmatige aandeel van de overeenkomst ‘onbetekenend’ is? Het Hof van Justitie geeft geen scherp criterium. Loos merkt op dat het beroepsmatig aandeel van de overeenkomst ‘(wellicht aanmerkelijk) minder dan 25%’ moet uitmaken.⁷⁴ 25% als grens lijkt mij aan de hoge kant. Bij een beroepsmatig aandeel van 25% kan mijns inziens niet worden gesproken van een onbetekenend aandeel. Ik zou zelf eerder kiezen voor een percentage van bijvoorbeeld 10%.

⁷² HvJ EG 20 januari 2005, NJ 2006, 278. Zie over deze uitspraak onder andere N. Vloemans, Het begrip ‘consument’ in het verzekeringsrecht, in: Verzekering en Consument (Preadvies voor de Vereniging voor Verzekeringswetenschap, Amstelveen: deLex 2007 (hierna Vloemans 2007), p. 22-24; P. Vlas in zijn NJ-noot (NJ 2006, 278) (hierna Vlas 2006) en M.B.M. Loos, WPNR 2005/6638 (hierna Loos 2005).

⁷³ Zie Vlas 2006 en Loos 2005. Anders Vloemans 2007, p. 24.

⁷⁴ Loos 2005.

Interessant in dezen is ook de conclusie van A-G Strikwerda voor het arrest van de Hoge Raad van 14 oktober 2005.⁷⁵ De A-G overwoog onder punt 21: “Het hof heeft kennelijk op grond van de – tussen partijen niet omstreden – aard van de verzekering (een opstalverzekering met betrekking tot een woonhuis met bijbehorende schuur) en op grond van de omstandigheid dat tussen partijen evenmin is omstreden dat het woonhuis door Hartholt met zijn gezin wordt bewoond terwijl de schuur niet door Hartholt zelf werd gebruikt doch was verhuurd aan een derde (rapport Hetteema+Disselkoen, blz. 2), geoordeeld dat beide partijen ervan zijn uitgegaan dat Hartholt is aan te merken als een partij die te vergelijken is met een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.” Op het eerste gezicht lijkt het er op dat A-G Strikwerda afwijkt van het criterium dat volgt uit de Gruber-zaak. Een dergelijke gevolgtrekking is mijns inziens bij nadere bestudering onjuist. Zo kan worden opgemerkt dat Strikwerda geen nieuw criterium geeft maar slechts toetst of het oordeel van het Hof in stand kan blijven. Als men op het gehele zaaksdossier nauwkeurig bestudeert, blijkt zelfs dat in dit geval het beroepsmatige aandeel minder dan 10% bedroeg hetgeen dus mooi aansluit bij het uitgangspunt van het Hof van Justitie dat ingeval het beroepsmatig aandeel onbetekenend is, de betrokken partij als consument mag worden beschouwd.

Een duidelijke (en eenduidige) definitie van het begrip consument ontbreekt (dus). Loos heeft dit uitvoerig belicht⁷⁶; vast staat dat het schijnbaar uniforme begrip ‘gemiddelde consument’⁷⁷ aanzienlijk pluriformer is dan – naar het oordeel van Van Dam⁷⁸ – goed is voor maximum harmonisatie.

Van Dam oordeelt dat de uniforme Euroconsument niet bestaat, en dat de ontwikkeling ervan niet dient te worden bevorderd (t.a.p.). De rechtspraak van het Hof van Justitie (gebaseerd op de zaak Gut Springenheide)⁷⁹ op dit punt blijft uitgaan van pluriformiteit; dit vormt een fraaie illustratie van de pluriformiteit van de interne markt en daarmee van de EU. Het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal impliceert niet noodzakelijkerwijs dat de markt in de gehele Gemeenschap op dezelfde manier functioneert c.q. dient te functioneren, ook niet op gebieden die communautair zijn geharmoniseerd, aldus Van Dam (p. 11). Van Dam wijst overigens ook (t.a.p., nt. 26) op uiteenlopende vertalingen van de visie van het Hof op het begrip ‘consument’: de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument (in het Nederlands), of de gemiddelde consument die op een normale wijze geïnformeerd is en redelijk oplettend en geadviseerd is (vertaling van Franse tekst), dan wel de gemiddelde consument die redelijk goed geïnformeerd is en redelijk oplettend en omzichtig is (vertaling van Engelse tekst).

⁷⁵ HR 14 oktober 2005, NJ 2006, 117.

⁷⁶ M.B.M. Loos, Het begrip ‘consument’ in het Europese en Nederlandse privaatrecht (the definition of ‘consumer’ in European and Netherlands private law) WPNR 2005/6638, p. 771–2.

⁷⁷ Vgl. ook S. Weatherill, Who is the ‘Average Consumer’, in: S. Weatherill en U. Bernitz (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29, New Rules and Techniques*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, p. 115-138.

⁷⁸ C.C. van Dam, De gemiddelde Euroconsument – een pluriform fenomeen, Over de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de rechtspraak van het Hof van Justitie, SEW januari 2009, p. 3-11.

⁷⁹ HvJEG 16 juli 1998, zaak C-210/96, Gut Springenheide, NJ 2000, 374, zie tevens HvJEG 19 september 2006, zaak C-356/04, Lidl, NJ 2007, 18: ‘dient de rechter rekening te houden met de verwachting van de normaal geïnformeerde, redelijk oplettende en omzichtige, gemiddelde consument van de producten of diensten waarop de betrokken reclame betrekking heeft.’

Loos benadrukt⁸⁰ dat het de genoemde omschrijving van het begrip ‘consument’ in de voorgestelde richtlijn problematisch is. De gehanteerde formulering dwingt op zich niet tot een restrictieve interpretatie van het begrip, aldus Loos (t.a.p.), maar het lijkt in zijn visie niet onwaarschijnlijk dat het Hof van Justitie het begrip op dezelfde restrictieve wijze zal interpreteren als geschied is in het ipr (de zaak Gruber/Bay Wa AG C-464/01). Dat zou betekenen dat een persoon enkel dan als consument kan worden aangemerkt als een beoogd zakelijk gebruik slechts een ondergeschikte rol speelt. Lidstaten zouden kunnen verkiezen om ook ‘zakelijke’ gebruikers bescherming te geven zoals beoogd in de ontwerp-richtlijn, hetgeen tot divergerende stelsels zou kunnen leiden. Loos meent dat de keuze van de Europese Commissie des te opmerkelijker is aangezien deze afwijkt van de definitie van het begrip ‘consument’ in het DCFR (Draft Common Frame of Reference), alwaar een consument wordt omschreven als een ‘natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession’.

Uit een analyse van de Nederlandse rechtspraak inzake (ondermeer) de definitie van het begrip consument⁸¹ komt naar voren dat de invulling van het consumentbegrip door nationale rechters als ondergrens kent de door het Europese Hof van Justitie ontwikkelde omschrijving van de goed geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument, maar dat de praktische uitwerking van dit begrip zeer diffuus is, mede gezien de feitelijke situatie en de juridische kaders van de casus. Daarmee kan de door Van Dam voor het EU-recht gesignaleerde pluriformiteit ook voor het Nederlandse recht worden aangenomen.

IJkpunten bij de praktische toepassing van de definitie zijn met name:

- beroeps- of bedrijfsuitoefening;
- de gewone consument heeft geen (specifieke) kennis van of ervaring (bijvoorbeeld: met beleggen);
- niet relevant is of de consument indien hij is voorgelicht door een professional (op onvolledige en gebrekkige wijze) zijn onjuiste voorstelling van zaken ook zelf door eigen onderzoek had kunnen ontdekken;
- de wijze van aandiening/aanbieding is relevant, behalve indien de kennis van de consument aan de feitelijke situatie (en verwachtingen) niets zou veranderen;
- Voor een andere maatstaf, die uitgaat van een minder dan gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument, is geen plaats;
- de omstandigheden rond de aankoopbeslissing zijn doorslaggevend;
- poging tot economische gedragsbeïnvloeding is een indicatie dat de aanbieder zich richt op eindconsumenten als groep;
- uitgegaan mag worden van de ‘maatman’-consument, behalve indien de ondernemer zich uitsluitend richt tot personen met bijzondere ervaring met betrekking tot het aangeboden goed;

⁸⁰ M.B.M. Loos, De koopregeling in het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten, Studiekring Offerhaus 12, Deventer: Kluwer 2009, p. 3-5.

⁸¹ Een selectie: HR 30 september 2005 LJN: AT6835 (Conclusie A-G Verkade); HR 21 september 2007 LJN: BA7627 (Conclusie A-G Wuisman); HR 10 juli 2009 LJN: BI3408; HR 23 november 2007 LJN: BB5073 (Conclusie A-G Verkade); HR 19 juni 2009 LJN: BH7602 (id.); HR 12 december 2008 LJN: BF0518 (id.); HR 20 januari 2006 LJN: AT1092 (Conclusie A-G De Wit); HR 24 maart 2006 LJN: AU7935; HR 20 november 2009 LJN: BJ6999; HR 27 november 2009 LJN: BH2162 (Conclusie A-G Timmerman); HR 5 juni 2009 LJN: BH2815; HR 8 maart 2002 LJN: AD8178 (zie daarbij tevens Conclusie A-G Keus); HR 5 juni 2009 LJN: BH2811; HR 5 juni 2009 LJN: BH2822; HR 7 april 2006 LJN AV5228 (Conclusie A-G Hartkamp).

- er moet sprake zijn van een voldoende grote en gevarieerde groep consumenten indien getracht wordt een ‘gemiddeld’ gedrag vast te stellen;
- de aard van het verkoopkanaal is niet doorslaggevend;
- er moet sprake zijn van een ‘eindconsument’ in economische zin;
- bij informatie (verstrekken en verkrijgen) mag internetonderzoek een belangrijke rol spelen;
- de consument hecht aan origineelgetrouwheid (waarheid) en mag dat doen;
- de ‘consument’ en ‘het publiek’ zijn niet onderling uitwisselbaar;
- het gezonde verstand van de (feiten-)rechter heeft meer waarde dan statistisch consumentenonderzoek;
- gewoon taalgebruik is een belangrijk hulpmiddel; van de gewone consument mag geen bijzondere kennis op dat gebied worden verwacht;
- enige oplettendheid mag worden verwacht;
- uitdrukkelijk moet rekening worden gehouden met specifieke regelgeving (bijvoorbeeld financiële wetgeving zoals de Wft, Energiewetgeving en Telecomregelgeving) bij het definiëren/hanteren van het begrip ‘consument’, met name ook indien sprake is van door de wetgever uitgewerkte beschermingsregels voor bepaalde groepen eindverbruikers;
- reflexwerking kan slechts bij gelijkwaardigheid.

3 Europese consumentenbescherming op financiële markten

3.1 Europese beleidsdoelstellingen en regelgeving ter bescherming van de financiële consument

3.1.1 Beleidsdoelstellingen: kredietcrisis

In verband met de kredietcrisis worden momenteel tal van initiatieven genomen door de EU die in ruime zin beogen de situatie op de financiële markt te verbeteren. Bij het formuleren van de beleidsdoelstellingen ter zake⁸² speelt consumentenbescherming kennelijk een meer bescheiden rol (genoemd op p. 14 en 94 t.a.p.) tussen alle andere betrokken belangen: na de vaststelling dat *Since financial markets, businesses and consumers are forward-looking, expectations are factored into decision making today* (p. 5), wordt voorgesteld een *Return to 'business as usual' as soon as market conditions permit (to the ultimate benefit of consumers)* (p. 79). Daartoe is noodzakelijk (p. 97) een financieel herstel tegen de laagst mogelijke lange termijn-kosten voor de belastingbetaler, met inachtneming van mededingingsaspecten, consumentenbescherming en 'systemic risks'. Een nadere invulling van de beleidsdoelstelling 'consumentenbescherming' ontbreekt echter in deze analyse.⁸³

Meer concreet bestaat het voornemen (neergelegd in de Mededeling van de Commissie Europees financieel toezicht COM(2009) 252 definitief van 27.5.2009) te komen tot oprichting van een Europees Stelsel van Financiële Toezichthouders (ESFT) dat bestaat uit een 'robuust netwerk van nationale financiële toezichthouders die samenwerken met nieuwe Europese toezichthoudende autoriteiten om de financiële soliditeit op het niveau van de individuele financiële instellingen veilig te stellen en consumenten van financiële diensten te beschermen ("microprudentieel toezicht").' Dit netwerk zou gebaseerd zijn op de beginselen van partnerschap, flexibiliteit en subsidiariteit, en zou erop gericht moeten zijn het vertrouwen tussen nationale toezichthouders te versterken door er onder meer voor te zorgen dat de toezichthouders van de lidstaat van ontvangst voldoende inspraak hebben in de beleidsvorming ten aanzien van de financiële stabiliteit en de consumentenbescherming, zodat grensoverschrijdende risico's doeltreffender kunnen worden aangepakt (p. 5 t.a.p.). In de genoemde Mededeling wordt opgemerkt dat in het verleden bij het prudentieel toezicht al te vaak uitsluitend de nadruk werd gelegd op het microniveau: toezichthouders toetsten de balansen van individuele financiële instellingen zonder voldoende aandacht te besteden aan de interactie tussen de instellingen onderling en tussen de instellingen en het financiële stelsel in het algemeen. Het verschaffen van dit bredere perspectief is – aldus de Mededeling - de verantwoordelijkheid van macroprudentieel toezichthouders. Deze toezichthouders zullen worden belast met het opsporen en evalueren van de mogelijke risico's voor de financiële stabiliteit welke voortvloeien uit ontwikkelingen waarvan effecten kunnen uitgaan op het

⁸² Zie *Economic Crisis in Europe: Causes, Consequences and Responses*, European Economy 7/2009, Brussel: EC 2009. Een interessante analyse van de kredietcrisis is tevens te vinden in P.M. Liedtke (ed.), *Anatomy of the Credit Crisis*, The Geneva Reports Risk and Insurance Research No. 3, The Geneva Association, January 2010, waarin onder meer inzake Solvency II enkele kernvragen worden gesteld, zoals: How do we understand insurance operations and in which way do we determine the capital necessary to run insurance businesses?, p. 54. Het lijkt er op dat – in het verlengde van het rapport de Larosière en de instelling van de nieuwe EIOPA (Insurance and Occupational Pensions Authority), sprake zal zijn van verbetering van financieel toezicht op (prudentieel) macro- en micro-niveau door het instellen van drie toezichthouders gebaseerd op de bestaande Level 3 Committees, vergezeld van een ESRB (European Systemic Risk Board, Europese Raad voor systeemrisico's) teneinde een betere koppeling aan te kunnen brengen tussen de toezichtsystemen (p. 140).

⁸³ Ook de Nederlandse plannen ter zake zijn nog niet uitgekristalliseerd, vgl. *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 255: Het systeem van toezicht op de stabiliteit van financiële markten; Verkenning.

niveau van de sector of op het niveau van het financiële stelsel als geheel (p. 10). De Europese toezichthoudende autoriteiten dienen op gestructureerde wijze contacten met alle relevante belanghebbenden, met inbegrip van consumenten, te onderhouden. (p. 17). Voorgesteld wordt te komen tot een Europees Stelsel van Financiële Toezichthouders (ESFT), dat is samengesteld uit drie nieuwe Europese toezichthoudende autoriteiten die in een netwerk met nationale toezichthoudende autoriteiten samenwerken om gemeenschappelijke toezichtbenaderingen te ontwikkelen voor de uitoefening van het toezicht op alle financiële instellingen, *om de consumenten van financiële diensten te beschermen* (curs. JGJR) en om tot de ontwikkeling van één enkel samenstel van geharmoniseerde regels bij te dragen. Het ESFT zal daartoe onder meer technische normen opstellen, de consequente toepassing van het Gemeenschapsrecht helpen verzekeren en geschillen tussen toezichthouders beslechten (p. 19).⁸⁴ In deze Mededeling wordt niet inzichtelijk gemaakt welke dan precies de doelstellingen zijn van consumentenbescherming bij financiële dienstverlening. Recent⁸⁵ is steun uitgesproken voor het EU State Aid Framework, dat zou moeten bijdragen aan het beter functioneren van de interne markt, hetgeen zou moeten leiden tot (ondermeer) ‘consumer benefits.’ De wijze waarop dat zou moeten geschieden wordt in deze Mededeling echter niet nader gespecificeerd.

3.1.2 Beleidsdoelstellingen: financiële dienstverlening algemeen

Het EU-beleid op het terrein van financiële dienstverlening omvat als belangrijkste terreinen banken, verzekeringen en zekerheden⁸⁶. Tevens zijn er politieke initiatieven op het gebied van *retail financial services*, beroepspensioenvoorzieningen en betaaldiensten. Het beleid is gericht op het realiseren van een efficiënte infrastructuur op financiële markten (waaronder begrepen grensoverschrijdende *clearing and settlement*), het bevorderen van deugdelijk toezicht op financiële conglomeraten en het tegengaan van wanpraktijken op financiële markten. In het navolgende worden de belangrijkste initiatieven kort besproken.⁸⁷ Het uitgangspunt ook hier is de interne markt en de drie ‘pillars’ (I: ‘Legal framework’, waaronder begrepen ‘review of contractual arrangements for Financial services’; II: ‘Flanking consumer confidence’, met inbegrip van ADR, awareness, SEPA en technische en juridische veiligheid, en III: ‘Financial stability’).

3.2 Europees betalen: SEPA en PSD

Het (consumenten-)betalingsverkeer is ten opzichte van de situatie in de jaren zeventig/tachtig van de vorige eeuw bijna onherkenbaar veranderd. Internetbetalingen zijn ‘de norm’; betaling per sms doet opgang (zie www.rabosmsbetalen.nl); betalen met ‘plastic cards’ is gangbaar, variërend van pinpassen tot creditcards. Voor wat betreft die ‘plastic cards’ moet onderscheid worden gemaakt tussen zogenoemde ‘passieve’ en ‘actieve’ kaarten: kaarten waarop

⁸⁴ Zie tevens het Advies van de Europese Centrale Bank van 8 januari 2010 inzake drie voorstellen voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot oprichting van een Europese bankautoriteit, een Europese autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen en een Europese autoriteit voor effecten en markten (CON/2010/5) van 15 januari 2010.

⁸⁵ Press Release 2994th Council Meeting Economic and Financial Affairs, Brussels, 16 February 2010, 6477/10 (Presse 28), p. 12.

⁸⁶ Waaronder ook derivatenhandel: zo is op 3 juli 2009 gepubliceerd (EC) het “Consultation Document: possible initiatives of the resilience of OTC Derivatives Markets”, te raadplegen op http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/derivatives/derivatives_consultation.pdf

⁸⁷ Tal van richtlijnen en andere regelingen op dit gebied zijn voor Nederland reeds geïmplementeerd in de Wft; deze worden in de onderhavige bijdrage niet nader uitgewerkt (het betreft o.m. Richtlijnen 2003/71, 2003/6, 2003/124, 2003/125, 2004/72, 2004/25, Vo. 809/2004, 2273/2003, ISD 93/22).

informatie alleen maar opgeslagen kan worden en kaarten die informatie ook kunnen bewerken.⁸⁸ Voor de consument bieden deze ontwikkelingen veel goeds (betaalgemak). Er zijn echter ook kanttekeningen te maken bij deze ontwikkeling, zoals de veelvuldige pinpasfraude, phishing-acties om consumenten te bewegen hun betaalgegevens via internet prijs te geven, ‘skimming’ en dergelijke activiteiten die het vertrouwen van de consument in de genoemde betaalwijzen kunnen ondergraven. Verder is al geruime tijd veel aandacht besteed aan de kosten van het betalingsverkeer (nationaal en internationaal). Met name effectiviteit, snelheid en kosten van grensoverschrijdende betalingen zijn een punt van zorg.⁸⁹ Op het gebied van het grensoverschrijdende consumentenbetalingsverkeer zijn belangrijke wijzigingen op komst.⁹⁰

3.3 De richtlijn betaaldiensten

In 2004 kwam de Europese Commissie met een voorstel tot het opzetten van de SEPA, de Single Euro(pean) Payments Area, een geïntegreerde Europese betaalmarkt.⁹¹ Dit heeft geresulteerd in Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt (de ‘payment services directive’, hierna: PSD). Met de richtlijn zijn verschillende ‘schemes, frameworks, rules and standards’ voor eurobetalingen ingevoerd.⁹² Voor consumenten zal de invoering van SEPA belangrijke gevolgen hebben. Uiterlijk 1 november 2009 moest de Richtlijn geïmplementeerd zijn in de lidstaten teneinde het doel van SEPA te verwezenlijken. In Nederland is dit geschied bij wet van 15 oktober 2009, Staatsblad 2009, 436.⁹³

⁸⁸ Zie reeds H.C.F. Schoordijk, Creditcards van het drie-partijen-type, WPNR 5411 (1975), p. 403-414 en 5312 (1975), p. 425-430, alsmede C. Molenaar (red.), Plastic cards, betaalmiddel of marketinginstrument, Amsterdam: Uitgeverij Tutein Nolthenius, 1992. Sipman geeft op p. 81-83 van dit boek een overzicht van de kaarttechnologie sinds de jaren '60. De eerste plastic cards verschenen in die tijd toen het mogelijk werd PVC te bedrukken, of bedrukt papier te plastificeren. Invoering van de barcode (en leesmachines) maakte dat informatie rechtstreeks doorgegeven kon worden aan computersystemen. De in Nederland gangbare PIN-pas maakt gebruik van een magneetstrip (een ‘oude’ techniek), leesbaar en herschrijfbaar met een magneetkop. Nieuwer is de chip-techniek; chips kunnen natuurlijk veel meer dan alleen maar informatie bevatten. Een barcode kan maar weinig informatie bevatten (zo’n 25 tekens); chipkaarten veel meer. Een verwante techniek is de laserkaart (nanotechnologie). De invoering in tal van lidstaten van chip-kaarten heeft gezorgd voor een belangrijke verbetering in de infrastructuur van betalingen (Sipman, a.w. p. 110). Betaalautomaten moeten diverse technieken voor het behandelen van passieve en chip (‘smart’-) cards omvatten.

⁸⁹ Vgl. Verordening (EG) nr. 2560/2001 van 19 december 2001 (PbEG L 344) met als doel de bankkosten van grensoverschrijdende betalingen in euro’s te verlagen tot een peil dat overeenkomt met de kosten op nationaal vlak. Zie de Wet grensoverschrijdende betaaldiensten, Stb. 1998, 686, laatstelijk gewijzigd bij wet van 23 april 2003 Stb. 214. De verordening is inmiddels hierin verwerkt bij Wet van 9 oktober 2003, Stb. 433. Ook in – bijvoorbeeld – de Awb wordt rekening gehouden met deze kwestie: doorgaans neemt het bestuursorgaan de kosten betalingsverkeer voor haar rekening, maar grensoverschrijdend (de wederpartij van het bestuursorgaan bevindt zich buiten Nederland) ligt dat niet altijd voor de hand vanwege porto- en bankkosten, MvT 4^e tranche Awb, Kamerstukken II 2003/04, 29 707, p. 39 (toelichting bij art. 4.4.17 Awb).

⁹⁰ Het zou wenselijk zijn als de onderhavige ontwikkelingen aanleiding werden tot hernieuwd denken over een wettelijke regeling van de bankovereenkomst in Boek 7 BW, waarover onder meer E.H. Hondius, De Bankovereenkomst: niets bijzonders?/ Bank en consument in het Nieuw BW, in: Omwille van de consument, Clausiengbundel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1990, p. 67-81: het pleidooi ‘Een wettelijke regeling van de bankovereenkomst in hoofdlijnen is daarom aan te bevelen’ geldt nog onverkort.

⁹¹ SEPA zal uiteindelijk alle lidstaten moeten omvatten, aldus is de bedoeling.

⁹² Op de site van de European Payments Council (het besluitvormend en coördinerend instituut van de Europese banken met betrekking tot betalingen) zijn de desbetreffende ‘rulebooks, frameworks, guidelines, agreements and schedules’ te vinden, www.europeanpaymentscouncil.eu.

⁹³ De wet behelst ingrijpende wijziging van de Wft en de invoering van een nieuwe titel 7B van Boek 7 BW (betaaldiensten), art. 7:514-551 BW. Naar aanleiding hiervan zijn ondermeer de in Nederland geldende Algemene Bankvoorwaarden aangepast. Zie tevens het nauw met betaaldiensten en grensoverschrijdend verkeer samenhangende wetsvoorstel inzake afwikkelingsdiensten, Kamerstukken II 2008-2009, 32 025.

Het doel van SEPA is eenvoudig: elektronische betalingen binnen de EU moeten net zo eenvoudig, efficiënt en veilig worden als betalingen binnen een lidstaat. De invoering van SEPA wordt ondersteund door tal van websites, waaronder een heuse startpagina: zie www.sepa.startpagina.nl. Veel informatie is voorts te vinden op de site van de Nederlandse Vereniging van Banken (www.nvb.nl) en op de site www.sepanl.nl. Voor Nederland wordt de overgang naar SEPA begeleid door een zogenoemd ‘migratieplan’.⁹⁴ Het Maatschappelijk Overleg Betalingsverkeer (MOB) heeft een matrix opgesteld met ‘zorgpunten’ rondom de migratie.

3.4 Financiële diensten voor consumenten in de interne markt

3.4.1 Groenboek financiële diensten 2007

In 2007 is door de Commissie een Groenboek ingediend over financiële diensten voor consumenten.⁹⁵ Het Groenboek wordt begeleid door een werkdocument Commission Staff Working Document – Initiatives in the area of retail Financial services.⁹⁶ Het Groenboek bouwt voort op het Witboek over het beleid op het gebied van financiële diensten 2005–2010 van de Commissie.⁹⁷ Het Groenboek stelt (p. 2): ‘Financiële diensten voor consumenten vormen een essentieel onderdeel van het dagelijks leven van de burgers van de EU. Ondanks de aanzienlijk vooruitgang die de afgelopen jaren is geboekt ten aanzien van het creëren van een interne markt voor financiële diensten, blijkt uit onderzoek dat de integratie van de financiële diensten voor consumenten kennelijk nog te wensen overlaat en dat op bepaalde terreinen onvoldoende concurrentie bestaat.’ Zonder verdere inspanningen is het volgens de Commissie (p. 6 Groenboek) waarschijnlijk dat de Europese markten voor financiële diensten voor consumenten gefragmenteerd zullen blijven. Uiteenlopende regelgevingen en kaders van consumentenbescherming, fiscaal beleid en gefragmenteerde infrastructuren (zoals betalingssystemen, clearing- en afwikkelingssystemen en kredietregisters) creëren juridische en economische belemmeringen voor toegang tot de markt.

De Commissie is van mening dat de integratie van de EU-markten van financiële diensten voor consumenten verder ontwikkeld kan worden door:

- consumenten concrete voordelen te bieden, door ervoor te zorgen dat behoorlijk gereguleerde open markten en gezonde concurrentie leiden tot producten die voldoen aan de behoeften van de consumenten, met voldoende keuze, redelijke prijzen en goede kwaliteit;
- het vertrouwen van de consument te versterken, door ervoor te zorgen dat consumenten een afdoende niveau van bescherming genieten waar dat noodzakelijk is, en dat de aanbieders financieel gezond en betrouwbaar zijn;
- consumenten in staat te stellen om de in hun financiële omstandigheden juiste beslissingen te nemen. Dat vermogen berust op verschillende elementen, waaronder: financiële basiskennis; duidelijke, relevante en tijdige informatieverstrekking; degelijk advies; en

⁹⁴ Zie voor de migratieplannen van alle lidstaten www.sepa.eu. Zie tevens de SEPA-links die worden verzorgd door de Europese Centrale Bank www.ecb.int. Voor Nederland: uitgangspunt is het Programmaplan sepa nl, Nederland als deel van de Single Euro(pean) Payments Area, Nederlandse Vereniging van Banken 18 november 2005. Tal van (ambtelijke) werkgroepen houden zich bezig met SEPA en PSD, zie Kamerstukken II 2007/08, 21 501-07 nr. 613, idem 27 863 nr. 30 (Betalingsverkeer, rapportage 2007 MOB), idem 27 863 nr. 29 (over de zogenoemde ‘Overstapservice’, eenvoudiger veranderen betaalrekening van de ene naar de andere bank en soepeler betalingsverkeer).

⁹⁵ COM(2007) 226 definitief van 30.4.2007.

⁹⁶ SEC(2007) 1520 van 20.11.2007.

⁹⁷ COM(2005) 629 van 1.12.2005.

concurrentie op gelijke voet (een "level playing field") voor producten die als gelijkaardig beschouwd worden. Consumenten die aldus "empowered" zijn, zullen meer vertrouwen hebben bij het zoeken naar het aanbod dat het beste aan hun behoeften beantwoordt, ongeacht de locatie van de betreffende aanbieder van financiële diensten.

3.4.2 Witboek financiële diensten 2005

De in het Groenboek genoemde doelstellingen sluiten aan bij het Witboek Beleid op het gebied van financiële diensten 2005-2010 uit 2005, alwaar (de kredietcrisis was nog niet in zicht) beoogd werd (p. 4) het wegwerken van de resterende economisch significante belemmeringen zodat overal in de EU een vrij verkeer van financiële diensten en kapitaal tegen de laagst mogelijke kosten mogelijk wordt. Daarbij zou sprake moeten zijn van een afdoend toezicht en een effectief toegepaste gedragscode, hetgeen in een grote financiële stabiliteit, aanzienlijke voordelen voor consumenten en een hoog niveau van consumentenbescherming moet resulteren. Betere regelgeving zou daarbij voor consumenten toegevoegde waarde moeten hebben (p. 5); consumentenbescherming wordt meegenomen bij de effectbeoordeling van het Witboek (p. 6). De invulling daarvan in het Witboek richt zich met name op het streven (p. 9) burgers meer bewust te maken van en direct te betrekken bij financiële kwesties. Teneinde de vraagzijde te versterken en het maken van goede beleggingskeuzes (bijvoorbeeld voor pensioenen) te bevorderen, is het – aldus het Witboek – van essentieel belang dat de transparantie en vergelijkbaarheid van de financiële producten worden vergroot en dat consumenten over deze producten worden voorgelicht.⁹⁸ FIN-NET speelt daarbij een belangrijke rol. Als het gaat om consumentenbeleid wordt in het Witboek (p. 10) een verband gelegd met consumentenbescherming en verbintenissenrecht, het reeds genoemde streven om te komen tot een DCFR. De uitwerking van deze samenhang tussen DCFR en financieel consumentenbeleid is tot op heden nog niet kenbaar gemaakt. Opgemerkt wordt voorts (p. 12) dat depositogarantiestelsels een belangrijke rol kunnen spelen.⁹⁹ Ook op het – voor consumenten rechtstreeks belangrijke – gebied van hypothecaire kredieten en consumentenkredieten werden in 2005 initiatieven aangekondigd (zie hierna). Beleggingsfondsen krijgen aandacht,¹⁰⁰ evenals de bankrekening als toegangsinstrument voor consumenten van financiële dienstverlening.¹⁰¹

3.4.3 Commission Staff working document - Initiatives in the area of retail Financial services¹⁰²

Gebaseerd op de hierboven beschreven documenten, aangevuld met de reacties daarop, hebben de diensten van de Commissie een aantal aandachtsgebieden geformuleerd teneinde de doelstellingen te verwezenlijken. Kernpunten zijn het verbeteren van mobiliteit en het vergroten van keuzemogelijkheden voor de consument. Het belang van hypothecair krediet voor de economie wordt onderschreven, onder verwijzing naar 'recent events that occurred in the US' (het document dateert uit 2007!). Gestreefd zal worden naar grotere diversiteit en betere consumentenbescherming op dit terrein. De kredietbemiddelingsmarkt moet worden

⁹⁸ Al wordt opgemerkt dat consumenteneducatie ter zake vooral een taak is van de lidstaten; Vgl. Voor Nederland het CentiQ-initiatief van het ministerie van financiën, kenbaar via www.wijzeringeldzaken.nl.

⁹⁹ Richtlijn 94/19/EG van 30.5.1994, gewijzigd bij Richtlijn 2005/1/EG van 9-3-2005 en Richtlijn 2009/14 van 11.3.2009.

¹⁰⁰ Zie G.A.M. Verwilt, *De Europese toekomst van icbe's*, Tijdschrift voor Financieel Recht 2007-4, p. 109-114

¹⁰¹ Met als aandachtspunten problemen in verband met gebruikersmobiliteit (bv. grensoverschrijdende opening van rekeningen (inclusief online), afsluitprovisies en overstappen van de ene bank naar de andere) op te sporen en het nut van een eventuele standaardbankrekening, p. 17.

¹⁰² SEC(2007) 1520.

verbeterd; er moet zelfregulering komen die de mobiliteit van consumenten tussen banken bevordert (met name ook grensoverschrijdend). SEPA wordt vermeld (zie hierboven). Een interessant punt is *product tying* (koppelverkoop); dit wordt geïdentificeerd als een potentieel probleem vanwege de daardoor sterke binding van consumenten aan een specifieke financiëledienstverlener, met alle mogelijke gevolgen van dien, zoals een gebrek aan prijstransparantie en hoge kosten indien van aanbieder wordt gewijzigd. Dit probleem zal worden aangepakt door onderzoek naar bestaande (mogelijk oneerlijke) praktijken, en onderzoek naar de mogelijkheid van regulering van oneerlijke handelspraktijken op het gebied van financiëledienstverlening (zie hierna). Het voornemen is voorts om toegang tot kredietgegevens te verbeteren (regulering kredietregistratie), *to ensure the smooth circulation of credit data* (met aandacht voor het inzage-recht voor de geregistreerde), samen met eventuele regelgeving. Productdiversificatie op de interne markt laat nog te wensen over, gezien uiteenlopende toelatingsregels in de lidstaten. De mogelijkheden voor een optioneel instrument¹⁰³ worden onderzocht, en met name de ‘retail markt’ voor verzekeringen behoeft verbetering. De premiestelling moet worden geanalyseerd, en onderzocht op best practices en innovatieve ideeën.¹⁰⁴ De rechtvaardiging van de fiscaal vertegenwoordiger bij grensoverschrijdend verzekeren (in enkele lidstaten gangbaar) wordt ter discussie gesteld. Daarmee is de lijst met aandachtsgebieden nog niet af: ook adequate en consistente regelgeving voor distributie van beleggingsproducten krijgt aandacht. De risk/return performance moet vergelijkbaar worden, en transparantie-eisen moeten coherent worden (opheffen verschillen in regels betreffende productinformatie en bemiddeling). Financiële educatie verdient nader aandacht, en uitsluiting van financiële diensten moet worden tegengegaan (iedere EU burger dient recht te hebben op een eenvoudige bankrekening, hetgeen niet in alle lidstaten het geval is). Tenslotte wordt aandacht gevraagd voor handhaving en alternatieve geschillenbeslechting.

3.4.4 Icbe's

Icbe's zijn instellingen voor collectieve belegging in effecten. De definitieve richtlijn is inmiddels gepubliceerd, Richtlijn 2009/65/EU van 13 juli 2009. Inzake specifieke consumentenbescherming bepaalt art. 100 dat ADR beschikbaar moet zijn voor consumentengeschillen met icbe's; art. 107 geeft consumentenorganisaties het *ius standi* teneinde de nationale uitvoeringsbepalingen van de richtlijn af te dwingen. In Nederland zal implementatie plaatsvinden in de Wft.

3.4.5 Mifid

MiFID (de Markets in Financial Instruments Directive)¹⁰⁵ heeft als hoofddoelstellingen (kort gezegd) het beschermen van beleggers, het verbeteren van financiële markten en de beurshandel. Voor consumenten behelst de richtlijn naar verwachting voordelen door de

¹⁰³ Zie paragraaf 3.7.1.

¹⁰⁴ Op de verzekeringsmarkt speelt het beginsel ‘algemeen belang’ een belangrijke rol. Zie de interpretatieve (niet-bindende) mededeling van de Commissie 2000/C 43/03 PbEG 16 februari 2000, waarin voor de verzekeringsmarkt een aantal potentiële problemen wordt aangeduid waarmee aanbieders kunnen worden geconfronteerd, zoals – voor consumenten met name van belang (p. 43/20) – regels inzake voorafgaande kennisgeving van polisvoorwaarden, taal van de verzekeringsovereenkomst, verplichte uniforme bonus/malusstelsels, professionele gedragsregels, verplichtstelling van standaard- of minimumvoorwaarden, eigenrisicoclausules in verzekeringsovereenkomsten, de verplichting in elke levensverzekeringsovereenkomst een afkooprecht en/of een winstdeling op te nemen, en – voor verzekeraars grensoverschrijdend lastig – de fiscaal vertegenwoordiger (belasting op premies). Vgl. over deze materie o.m. G.R. Boshuizen en B.H. Jager, *Verzekerd van toezicht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 97.

¹⁰⁵ Richtlijn 2004/39/EG van 21.4.2004, gewijzigd bij Richtlijn 2008/10/EG van 4.3.2008, in Nederland geïmplementeerd in de Wft, vgl. AFM brochure Januari 2008 (Markets in Financial Instruments Directive).

genoemde verbetering van financiële markten en handel; meer specifiek stimuleert MiFID ADR (vooral ook grensoverschrijdend) op dit terrein (art. 53 Richtlijn 2004/39/EG), naast het bevorderen van de afdwingbaarheid ervan door het toekennen van het *ius standi* aan consumentenorganisaties (art. 52). Consumentenkrediet is uitgezonderd van de richtlijn (afzonderlijk geregeld).

3.5 Financial education

Financial awareness van consumenten laat te wensen over; in de Mededeling inzake *Financial Education* uit 2007 wordt deze problematiek door de Commissie aangekaart. Voorafgaand aan de bespreking daarvan wordt in het navolgende aandacht besteed aan het fenomeen ‘zorgplichten van financiële dienstverleners’ tegen de achtergrond van het tekort aan kennis van consumenten.

3.6 Consumentenkrediet

De Richtlijn inzake kredietovereenkomsten voor consumenten 2008/48/EU (gerectificeerd in Pb EU L133 van 22.5.2008) vervangt de bestaande richtlijn consumentenkrediet 87/102/EEG en legt een nieuw omvangrijk regime op aan kredietverstrekkers.¹⁰⁶ Vanuit het beknopte (consumentenbeschermings-) perspectief van de onderhavige bijdrage staat centraal dat de richtlijn consumenten bescherming biedt bij het sluiten van kredietovereenkomsten, teneinde hun vertrouwen niet te schaden en het vrije verkeer van kredietaanbiedingen voor zowel kredietgevers als kredietnemers optimaal te laten functioneren. De richtlijn bevat regels die betrekking hebben op de relatie tussen de aanbieder van krediet en de consument, waaronder regels inzake kredietreclame, informatieverstrekking, de beoordeling van de kredietwaardigheid en de inhoud van de kredietovereenkomst. Sommige bepalingen van de richtlijn gelden ook voor kredietbemiddelaars of zijn daar uitsluitend op van toepassing. Tevens wordt de toegang tot gegevensbanken voor kredietaanbieders uit andere lidstaten geregeld.

Geruime tijd voordat de consument door een kredietovereenkomst of een aanbod wordt gebonden, verstrekt de kredietgever en, in voorkomend geval, de kredietbemiddelaar, op basis van de door de kredietgever aangeboden kredietvoorwaarden en, in voorkomend geval, de door de consument kenbaar gemaakte voorkeur en verstrekte informatie, de consument de nodige informatie om verschillende aanbiedingen te kunnen vergelijken en zo een geïnformeerd besluit te kunnen nemen over het sluiten van een kredietovereenkomst. Die informatie wordt, op papier of op een andere duurzame drager, verstrekt overeenkomstig het formulier „Europese standaardinformatie inzake consumentenkrediet” in bijlage II bij de Richtlijn. De kredietgever wordt geacht te hebben voldaan aan de voorschriften van dit lid en van artikel 3, leden 1 en 2, van Richtlijn 2002/65/EG (financiële diensten op afstand) wanneer hij de Europese standaardinformatie inzake consumentenkrediet heeft verstrekt

¹⁰⁶ De implementatie (2010) in Nederland wordt voorbereid door een consultatie (minfin 4.6.2009) op basis van een voorontwerp. Daarin wordt voorgesteld om de privaatrechtelijke bepalingen van de richtlijn een plaats te geven in een nieuwe titel 2A van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de bestuursrechtelijke bepalingen in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en het daarop stoelende Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo). Hiervan is tevens een concept tot wijziging in de consultatie opgenomen. De voorgestelde wijzigingen in titel 2A van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek hebben betrekking op de informatie en rechten betreffende kredietovereenkomsten. Het gaat hier onder andere om de inhoud van de overeenkomst, het herroepingsrecht, vervroegde aflossing en de overdracht van rechten. De voorgestelde wijzigingen in de Wft hebben betrekking op de kredietreclame, de precontractuele informatie en de kredietwaardigheidstoets. De regels met betrekking tot kredietreclame en precontractuele informatie worden verder uitgewerkt in het BGfo.

(aanhef art. 5 lid 1 RI), de consument de nodige informatie heeft om verschillende aanbiedingen te kunnen vergelijken en zo een geïnformeerd besluit heeft kunnen nemen over het sluiten van een kredietovereenkomst. (aanhef art. 6 lid 1 RI). De lidstaten zorgen ervoor dat de kredietgever de kredietwaardigheid van de consument voor het sluiten van de kredietovereenkomst beoordeelt op basis van toereikende informatie die, in voorkomend geval, is verkregen van de consument en, waar nodig, op basis van een raadpleging van het desbetreffende gegevensbestand. Lidstaten van wie de wetgeving van kredietgevers vereist dat zij de kredietwaardigheid van consumenten op basis van een raadpleging van het desbetreffende gegevensbestand beoordelen, kunnen dit vereiste behouden. De richtlijn bevat (Hoofdstuk IV) uitvoerige bepalingen inzake informatie en rechten inzake de kredietovereenkomst, waaronder een herroepingsrecht, het jaarlijkse kostenpercentage, en zaken als debetrentevoet en debetstanden. Gelieerde kredietovereenkomsten krijgen een nieuwe regeling (art. 15).

3.7 Hypotheken

Zoals in het voorgaande reeds weergegeven laat regulering van de Europese markt voor het verstrekken van hypothecaire leningen nog te wensen over. Op dit gebied zijn verschenen een Witboek en een Commission Staff Working Document.

3.7.1 Witboek over de integratie van de EU-markt voor hypothecair krediet¹⁰⁷

Het Witboek zet een aantal ‘krachtlijnen’ uit voor deze in vele opzichten uiterst belangrijke markt. De Commissie is er zich van bewust dat consumenten zich voor een hypothecair krediet vooral tot de plaatselijke markt wenden en dat het merendeel onder hen dat ook in de voorzienbare toekomst zal blijven doen. De integratie van de EU-markten voor hypothecair krediet zal derhalve vooral onder impuls van de aanbodzijde tot stand moeten komen, en met name via diverse vestigingsvormen in de lidstaat van de consument. Om concurrerende en efficiënte EU-markten voor hypothecair krediet tot stand te brengen, moeten maatregelen worden genomen die de grensoverschrijdende aanbieding en financiering van hypothecair krediet vergemakkelijken, het productenpalet uitbreiden, het consumentenvertrouwen versterken en de cliëntmobiliteit bevorderen. Op basis van haar evaluatie vindt de Commissie dat de volgende aspecten prioritair moeten worden geregeld: voorlichting in de precontractuele fase, jaarlijks kostenpercentage (JKP), verantwoord lenen en vervroegde aflossing. Het is echter de vraag of dit door wetgeving geregeld moet worden. De Commissie ziet vervroegde aflossing als een van de belangrijkste redenen voor de integratie van de EU-markten voor hypothecair krediet; deze (politiek gevoelige) kwestie zal moeten worden opgelost. Uit de voorlopige resultaten van een door de Commissie georganiseerde consumententoetsing blijkt dat consumenten het zeer belangrijk vinden om in de precontractuele fase informatie in een gestructureerde vorm te ontvangen, zodat zij in staat zijn aanbiedingen met elkaar te vergelijken. Uit deze resultaten blijkt voorts dat de informatie uitgebreid moet zijn, tabellen en concrete voorbeelden dient te omvatten en in eenvoudige bewoordingen moet zijn gesteld, waarbij zo min mogelijk van technisch jargon wordt gebruikgemaakt. Bovendien dient de informatie vroeg genoeg voor de sluiting van het contract te worden verstrekt. Ondanks de belangrijke rol die de gedragscode inzake woningkredieten in dit verband heeft gespeeld, lopen de hoeveelheid en de kwaliteit van de informatie die aan consumenten over hypothecair krediet wordt verstrekt, nog steeds sterk uiteen van lidstaat tot lidstaat. Een belangrijke doelstelling van de Commissie is het

¹⁰⁷ COM(2007) 807 definitief van 18.11.2007.

bevorderen van verantwoord lenen (zie hierboven). De Commissie vindt voorts dat de lidstaten bij gedwongen verkoop en bij kadastrale registratie te volgen procedures efficiënter moeten maken. Deze procedures leiden immers tot hogere bedrijfskosten voor hypothecaire kredietverstrekkers, tot meer onzekerheid bij beleggers omtrent de kwaliteit van de onderliggende waarborg en tot hogere herfinancieringskosten, hetgeen afbreuk doet aan de efficiëntie van de gevestigde kredietverstrekkers en mogelijke nieuwkomers op de markt afschrikt. Ook op het gebied van hypothecaire kredietverstrekking in Europa zou een ‘optional instrument’ een mogelijkheid zijn.¹⁰⁸

3.7.2 Commission Staff Working Document EU Mortgage Credit Markets¹⁰⁹

Na analyse van de EU kredietmarkt voor hypotheek en consultatie is in dit document een aantal specifieke problemen geïdentificeerd. Deze zijn in te delen in de categorieën grensoverschrijdend hypothecair krediet, beperkte productdiversiteit, laag consumentenvertrouwen en beperkte mobiliteit van consumenten. Grensoverschrijdend hypothecair verkeer wordt beperkt door economische en juridische belemmeringen. Meer specifiek zijn er problemen voor kredietverschaffers inzake te verstrekken pre-contractuele informatie, vervroegde aflossing, koppelverkoop (*product tying*), kredietregistratie, taxaties, procedures bij gedwongen verkoop, kadasters (landregistratie), toepasselijk recht, beperkingen inzake rentevergoedingen en grondslagen voor het berekenen van de hypotheek. Tengevolge van consumentenvoorkeuren en culturele verschillen zijn er zeer uiteenlopende producten op de markt, en sommige lidstaten kennen vergaande economische en juridische belemmeringen voor producten. Het consumentenvertrouwen bij grensoverschrijdende hypotheekverstrekking is laag: men ‘shopt’ vrijwel uitsluitend lokaal voor hypothecaire producten. Consumentenmobiliteit is beperkt, enerzijds omdat consumenten voorkeur hebben om bij hun bestaande dienstverlener te blijven, anderzijds vanwege mogelijk hoge kosten voor contractovername die de voordelen ervan teniet kunnen doen. Beleidsvoornemens op het terrein van EU-hypothecair krediet zijn gericht op het faciliteren van grensoverschrijdende hypotheek, het verbeteren van productdiversiteit (en innovatie) en het verhogen van consumentenmobiliteit bij contractovername. Op diverse gebieden (pre-contractuele informatie, passenheid van het product bij de wensen van de consument en kredietregistratie) lijkt regelgeving de meest efficiënte optie; met betrekking tot APRC (Annual Percentage Rate of Charge, JKP) en vervroegde aflossing de enige, aldus het document. Zelfregulering wordt ook overwogen.

3.8 Financiële diensten op afstand

De verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten is geregeld in Richtlijn 2002/65/EG (art. 9 ervan is gewijzigd bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken 2005/29/EG, artikel 15 lid 2).¹¹⁰ De Richtlijn bevat met name informatieverplichtingen voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst (art. 3) en aanvullende informatievereisten (art. 4). Ruim voordat de consument gebonden is door een overeenkomst op afstand of een aanbod, stelt de aanbieder de consument in kennis van alle contractvoorwaarden en van de in artikel 3, lid 1, en artikel 4 bedoelde informatie, op papier of via een andere voor de consument beschikbare en toegankelijke duurzame drager. De consument krijgt op grond van de richtlijn een termijn van 14 kalenderdagen om de overeenkomst zonder boete en zonder

¹⁰⁸ J.G.J. Rinkes, *Optional commercial contract law: Global experiences - European perspectives*. *European Journal of Commercial Contract Law*, 4, 184-193.

¹⁰⁹ SEC(2007) 1689 van 18.12.2007.

¹¹⁰ De richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wft.

opgave van redenen te herroepen (voor overeenkomsten op afstand betreffende levensverzekeringen en verrichtingen met betrekking tot individuele pensioenen bedraagt de termijn 30 kalenderdagen). Artikel 7 richtlijn regelt betaling van vóór de herroeping geleverde diensten. Frauduleus gebruik van betaalkaarten wordt geregeld (art. 8), en de richtlijn bevat regels voor niet-gevraagde diensten (art. 9) en niet-gevraagde mededelingen (art. 10). De lidstaten kunnen bepalen (art. 15) dat bij de aanbieder de bewijslast ligt met betrekking tot de naleving van de verplichtingen inzake voorlichting van de consument door de aanbieder en met betrekking tot de instemming van de consument met de sluiting van de overeenkomst en in voorkomend geval met de uitvoering ervan. Een contractvoorwaarde die de bewijslast voor de naleving van alle of een deel van de verplichtingen die krachtens deze richtlijn op de aanbieder rusten, bij de consument legt, geldt als een oneerlijk beding in de zin van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5.4.1993.

3.9 Verzekeringsmarkt¹¹¹

Verzekeringsmaatschappijen zijn werkzaam op de gehele Europese markt, en grenzen tussen lidstaten zijn van ondergeschikt belang. Over de effecten en resultaten die ter zake sinds 1994 zijn geboekt, verschillen de meningen.¹¹² Rees en Kessner stellen als harde eis¹¹³ dat met name de premiestelling volledig onder het mededingingsregime¹¹⁴ dient te vallen; tevens zou er meer (betere) informatie moeten komen inzake de solvabiliteit van individuele verzekeringmaatschappijen teneinde de markt beter te laten reageren op toepasselijke economische signalen.¹¹⁵

Zoals gezegd lopen de meningen uiteen. Een Mintel¹¹⁶ rapport benadrukt met name de contrasten tussen nieuwe en oude EU-lidstaten. Men lijkt het in ieder geval eens te zijn over het feit dat een werkelijk 'level playing field' afwezig is. Verzekeraars en verzekeringnemers ondervinden nog teveel hindernissen bij het aangaan van internationale transacties.¹¹⁷

¹¹¹Zie uitvoerig over deze materie M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes (red.), *Insurance and Europe*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007 (hierna: Hendrikse/Rinkes 2007). Zie voorts de richtlijn inzake verzekeringbemiddeling Richtlijn 2002/92/EG, waarover o.m. C.J. de Jong, *De verzekeringstussenpersoon nader beschouwd*, NTHR 2008-2, p. 45-54.

¹¹²R. Rees and E. Kessner in 'Regulation and Efficiency in European Insurance Markets', *Economic Policy* No. 29.

¹¹³Aldus de samenvatting van hun onderzoek.

¹¹⁴In dat verband wijs ik tevens op het belangrijke witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels {COM(2008) 165 definitief} {SEC(2008) 404} {SEC(2008) 405}, waarover onder meer W.H. van Boom en M.B.M. Loos, *Effective enforcement of consumer law in Europe*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

¹¹⁵Zie DNB Open boek toezicht, 2007: 'Solvency II is een omvangrijk project om de Europese richtlijnen voor het verzekeringsbedrijf te herzien. Dit heeft gevolgen voor Nederlandse verzekeraars en het toezicht van DNB daarop, omdat de Europese regels neerslaan in Nederlandse wetgeving. De financiële eisen aan verzekeraars, vastgelegd in de Europese verzekeringsrichtlijnen, stammen uit de jaren zeventig van de vorige eeuw. In 2002 zijn nog enkele aanpassingen gedaan: Solvency I. Ook zijn er tussentijds aanvullende regels opgesteld voor verzekeraars die onderdeel zijn van een verzekeringsgroep. Het Solvency II project moet leiden tot een nieuw solvabiliteitsraamwerk, gebaseerd op marktconsistente waardering, waarin de financiële eisen beter de risico's weerspiegelen die de verzekeraars lopen. Ook heeft Solvency II als doelstelling om het toezicht te laten aansluiten op marktontwikkelingen. Verzekeraars leggen zich steeds meer toe op het meten en beheersen van hun risico's. Solvency II moet deze positieve ontwikkeling stimuleren. Met Solvency II krijgt het toezicht op de risico's die een verzekeraar loopt, en de beheersing daarvan, ook een meer centrale rol'. Vgl. tevens de achtergronddocumenten op www.cea.assur.org.

¹¹⁶Mintel report May 2005.

¹¹⁷Met name op het gebied van het internationaal privaatrecht is de situatie zorgelijk: 'a grey mist has surrounded the conflict rules on insurance contracts ... this has led to an unsystematic and incoherent structure of

EU-regelgeving heeft een minimum-niveau voor consumentenbescherming vastgelegd¹¹⁸, waaronder begrepen het recht op adequate informatie. Op het terrein van het verzekeringsrecht is het uitgangspunt van de EU dat consumenten afdoende informatie dienen te krijgen teneinde de ‘Single Market in insurance’ optimaal te kunnen benutten. De doelstellingen van de Commissie ter zake zijn verder uitgewerkt in het Witboek voornoemd. Dynamische consolidatie is daarbij het *leitmotiv*.

Juridische kwesties inzake verzekeringsdiensten in de EU zijn onderwerp van een groot aantal studies. Dit heeft inmiddels ondermeer geresulteerd in het ambitieuze Restatement-project.¹¹⁹ Vanuit tal van jurisdicties zijn de pogingen om de effectiviteit van de Europese verzekeringsmarkt te verbeteren geanalyseerd en becommentarieerd. Deze ontwikkelingen hangen nauw samen met de voortgang van het Europese consumentenrecht en het streven om te komen tot een Europees contractenrecht.¹²⁰

3.10 Solvency II

Ter zake is inmiddels vastgesteld Richtlijn 2009/138/EC van 25 november 2009 betreffende operationele en solvabiliteitsvereisten voor verzekeraars. Voor consumenten bepaalt de preambule (nr. 79) dat op grond van de richtlijn consumenten op de interne verzekeringsmarkt een ruimere en meer gevarieerde keuze uit overeenkomsten zullen hebben. Om ten volle van deze diversiteit en van een toegenomen concurrentie te kunnen profiteren, dienen zij vóór de sluiting van de overeenkomst en tijdens de hele duur ervan over de nodige inlichtingen te beschikken om de overeenkomst te kunnen kiezen die het beste bij hun behoeften past, aldus de preambule. Nadere regels zijn opgenomen in ondermeer art. 183 e.v. (aan verzekeringnemers bij schadeverzekering te verstrekken informatie) en art. 185 Richtlijn (inhoudende informatieverplichtingen aan verzekeringnemers bij levensverzekering).

insurance conflict rules’, Aldus X. Kramer, Conflict of laws on insurance contracts in Europe, in: Hendrikse/Rinkes 2007, op p. 85-102 Zie verder Ph.H.J.G. van Huizen, IPR van de verzekeringsovereenkomst, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen en J.G.J. Rinkes (red.), Verzekeringsrecht praktisch belicht, Deventer: Kluwer 2008, p. 501-525.

¹¹⁸ See e. g. N. Reich, Dritte Richtlinie Schadensversicherung 921491EWG vom 18. Juni 1992 und Lebensversicherung 921961EWG vom 10. November 1992 und der Schutz des privaten Versicherungsnehmers/Versicherten, in: Verbraucher und Recht (VuR) 1/1993, p. 10-30, Chr. Joerges/G. Brüggemeier, Europaisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts, in: Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 248-251, M. Fontaine, Droit des Assurances, 3th. Edition, Brussels: Larcier 2006, p. 23-29 Y. Lambert-Faivre, Droit des Assurances, 11th edition, Paris: Dalloz 2005, p. 100-132. Zie ook H. Cousy, Komt er dan toch een Europese harmonisatie van het verzekeringscontractenrecht. *Tijdschrift voor Belgisch handelsrecht / Revue de droit commercial belge*, 2007 /13, 741-746.

¹¹⁹ Zie uitvoerig Helmut Heiss, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), in: M.L. Hendrikse/Rinkes 2007, p. 41-59. Zie over de verhouding van deze ‘draft’ tot de ‘Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference’ (DCFR) de Interim Outline Edition ter zake (2007), op p. 28.

¹²⁰ M.A. Clarke, Policies and perceptions of insurance law in the twenty first century, OUP 2005.

3.11 Balans

De vraag kan gesteld worden in hoeverre ook op het terrein van financiële dienstverlening sprake is van een coherent Europees consumentenbeleid. Daartoe is allereerst een vergelijking gemaakt met de talrijke en omvangrijke initiatieven die op het gebied van het traditionele *consumenten-acquis* moeten gaan leiden tot grotere eenheid en uniformiteit.¹²¹ Het voorliggende voorstel is niet eenduidig positief ontvangen; vanuit wetenschappelijke kringen is – naast inhoudelijke kritiek – met name ook bezwaar gemaakt tegen het ontbreken van een koppeling met het DCFR. Duidelijk is wel dat het bestaande systeem aan vernieuwing toe is. Gezien de stand van het debat mag verwacht worden dat zowel dogmatisch als in praktische zin binnen afzienbare tijd een meer coherent systeem van consumentenbescherming kan worden gerealiseerd. Dit betreft, als gezegd, traditionele consumentenrechtelijke onderwerpen zoals consumentenkoop (roerende zaken), oneerlijke bedingen, afstandkoop en colportage. Uiterst belangrijke onderdelen van het consumentenrecht zoals e-commerce, oneerlijke handelspraktijken en handhaving staan echter los van deze initiatieven. Een Europees consumentenwetboek lijkt nog ver weg (zo dat wenselijk wordt geacht). Nijpender is dat daardoor de ontwikkeling van een coherent consumentenrecht in ernstige mate wordt gehinderd. Bezieet men vervolgens de ontwikkelingen, zoals hierboven beknopt weergegeven, op het terrein van bescherming van de financiële consument, dan valt op dat allereerst de koppeling met het traditionele consumentenrecht daarbij ontbreekt. Aldaar ontbreken nog steeds eenduidige definities, concepten en beleidsdoelstellingen; op het terrein van financiële dienstverlening is daar al helemaal geen sprake van. Voor de EU-visie op bescherming van de financiële consumenten lijkt voorts het enige samenbindende aspect te zijn dat consumenten maar moeten vertrouwen op marktwerking, toezicht, transparantie, betere educatie en informatievoorziening. Gezien de belangrijke plaats die het waarborgen van een hoog niveau van consumentenbescherming inneemt in de EU is deze situatie vanuit consumentenrechtelijk perspectief teleurstellend. De consument als afnemer van financiële diensten is duidelijk te identificeren; deze consument heeft specifieke wensen en behoeften, en verdient een coherent systeem van bescherming. Ook voor de aanbodzijde en voor nationale en internationale handhavers en toezichthouders is deze situatie onwenselijk. De *effectiveness of consumer protection* moet centraal staan, ook voor bijvoorbeeld het Hof van Justitie (ik citeer uit veel zaken C-227/08 van 17.12.2009). Dit betekent echter niet dat er duidelijke afwegingsbevoegdheden zijn voor nationale rechters bij de toepassing van het financiële gemeenschapsrecht, gezien de strikte interpretatie van het Hof in – bijvoorbeeld – de zaak Friz C-215/08, zie hierna. De verdere ontwikkeling daarvan (ook in de rechtspraak van het Hof) wordt niet bevorderd door het versnipperde beeld van de consument op Europees niveau.

¹²¹ Vgl. http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_nl.html.

4 Oneerlijke handelspraktijken en eerlijke handel: *mercatura honesta*¹²² en mededingingsrechtelijke bespiegelingen tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof van Justitie EU

4.1 Het begrip consument in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken

Een pluriforme visie op het begrip ‘consument’ leidt niet tot grote problemen bij het realiseren van doelstellingen van de Europese en nationale wetgever inzake consumentenbescherming. De consument is burger, marktdeelnemer en economisch subject. Hij is eindverbruiker en kan worden ondergebracht in tal van verschillende groepen. Het perspectief van de wederpartij (de ondernemer/aanbieder) is daarbij relevant, maar niet doorslaggevend. Juridisch wel doorslaggevend zijn de aard en ratio van de onderliggende rechtsverhouding en de daarop toepasselijke specifieke regels. Beroeps- en bedrijfsmatig handelende personen zijn daar – uitzonderingen daargelaten – niet aan onderworpen. Vrijwel steeds zal het – specifieke regels daargelaten – gaan om natuurlijke personen. Weatherill¹²³ wijst erop dat de onvermijdelijke punten van interpretatieve ambiguïteit bij de toepassing van het begrip ‘consument’ in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken uiteindelijk een taak van de gerechten is. Hij verdedigt de stelling dat daarbij niet moet worden uitgegaan van de strikte omschrijving van het begrip in de richtlijn zelf, maar van het ruimere consumentenbegrip in het EU-consumentenacquis en de onderliggend ebeleidsdoelstellingen. De ondergrens daarbij is dat in geen geval de interpretatie afbreuk mag doen aan de positie van kwetsbare of onderbedeelde groepen van consumenten. De richtlijn zou moeten worden geïnterpreteerd vanuit het bewustzijn dat er – naast de fictieve ‘maatman’ consument¹²⁴ – ook empirisch aantoonbaar consumenten zijn die *niet* perfect rationeel handelen omdat ze niet in staat zijn om informatie te begrijpen of te verwerken, en/of omdat ze simpelweg verkiezen om hun beperkte middelen niet eerst te besteden na uitvoerige en intensieve beoordeling van alle beschikbare informatie.

De gedachte dat bij het definiëren van het begrip ‘consument’ kan worden uitgegaan van een in beginsel fictieve ‘maatman’ die deel uitmaakt van een groep, doet aldus opgeld. Het antwoord op de vraag op welke wijze het gedrag en het inzicht van de ‘maatman’ moet worden vastgesteld is lastig, en vereist in ieder geval psychologisch inzicht. Daarvan is in

¹²² J. Wiarda, *Mercatura honesta – Eerbare handel – enige beschouwingen over den samenhang tussen handelsrecht en handelsmoraal*, Groningen: J.B. Wolters, 1963.

¹²³ S. Weatherill, *Who is the ‘Average Consumer’*, in: S. Weatherill en U. Bernitz (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29, New Rules and Techniques*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, op p. 138.

¹²⁴ Zie HR 27 november 2009, LJN: BH2162: rov. 4.10.3 Bij de beantwoording van de vraag of een prospectus misleidend is in de zin van art. 6:194 BW, moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtigte en oplettende gewone belegger tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt (vgl. HR 30 mei 2008, nr. C06/302, LJN BD2820). Deze aan het arrest HvJEG 16 juli 1998, zaak C-210/96, Gut Springenheide, NJ 2000, 374, ontleende omschrijving van de ‘maatman’ is in iets andere bewoordingen, maar inhoudelijk niet afwijkend omschreven in het arrest HvJEG 19 september 2006, zaak C-356/04, Lidl, NJ 2007, 18. Van deze ‘maatman-belegger’ mag verwacht worden dat hij bereid is zich in de aangeboden informatie te verdiepen, maar niet dat hij beschikt over specialistische of bijzondere kennis en ervaring (behoudens het geval dat de reclame zich uitsluitend op personen met dergelijke kennis en ervaring richt). Het ‘maatman’-begrip wordt ook toegepast in tal van andere rechtsgebieden, zoals het arbeidsrecht (vgl. HR 16 maart 2007, LJN: AZ3084, HR 12 april 2002, LJN: AD9119), het onteigeningsrecht (HR 30 juni 2006, LJN: AV9438), schuldsaneringszaken (rol bewindvoerder, HR 27 juni 2003, LJN: AF7683), het belastingrecht (in combinatie met het EVRM, HR 18 december 2009, LJN: BC5847) en natuurlijk het merkenrecht (Red Bull-blikjes, HR 19 februari 2010, LN: BK4739); zie uitvoerig A.G. Castermans e.a., *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008.

verband met het maatmanbegrip opgemerkt:¹²⁵ ‘in de zaak Gut Springenheide wordt de gedachte afgewezen dat men zou kunnen volstaan met ‘misleide neuzen tellen’(en hoeveel dan?)’. Enkel in moeilijke gevallen kan een deskundigenbericht en eventueel een opinie-onderzoek geïndiceerd zijn (als de rechter dit ‘onontbeerlijk’ acht, een zaak van nationaal recht). In dat verband wordt (t.a.p.) opgemerkt: ‘uit dit alles proeft men een zekere weerzin van het Hof tegen steekproeven, arbitraire percentages en rekensommen. Getalsmatige benaderingen worden afgewezen.’ Wat daarvan zij, aard en ratio van het maatmanbegrip zullen in concrete gevallen moeilijkheden opleveren. Dit weerhoudt (onder meer) de Europese wetgever niet van het hanteren van een begrip ‘consument’ dat moet worden ingevuld met inachtneming van het basiscriterium (redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend), te beoordelen aan de hand van (ondermeer) maatschappelijke, culturele en taalkundige (en overige) omstandigheden. Nu ‘misleide neuzen tellen’ niet de oplossing is, mag van rechters worden verwacht dat de invulling van dit begrip zorgvuldig geschiedt met inachtneming van de eis van deugdelijke motivering. Het hanteren van groepsomschrijvingen zal daarbij doorgaans noodzakelijk zijn (een benadering die bijvoorbeeld in het merkenrecht reeds nadere invulling heeft gekregen). Indien een groep gelder gedefinieerd is, zal men vervolgens op zoek moeten gaan naar het *gemiddelde* lid van die groep. Het begrip ‘doorsnee’-consument is dus nog steeds handzaam, met alle definitie-problemen van dien.

Dit wordt onderstreept door de richtlijn oneerlijke handelspraktijken:

In de preambule bij de richtlijn wordt dit aldus omschreven

(18) Alle consumenten moeten tegen oneerlijke handelspraktijken worden beschermd; het Hof van Justitie heeft het sinds de inwerkingtreding van Richtlijn 84/450/EEG evenwel noodzakelijk geacht om bij uitspraken in zaken over reclamekwesities na te gaan wat de gevolgen voor een fictieve doorsneeconsument zijn. In overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, en om de uit hoofde van dat beginsel geboden bescherming ook effectief te kunnen toepassen, wordt in deze richtlijn het door het Hof van Justitie ontwikkelde criterium van de gemiddelde — dit wil zeggen redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende — consument als maatstaf genomen, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren, maar wordt er tevens voorzien in bepalingen die voorkomen dat wordt geprofiteerd van consumenten die bijzonder vatbaar zijn voor oneerlijke handelspraktijken. Indien een handelspraktijk op een bepaalde groep consumenten gericht is, zoals bijvoorbeeld kinderen, is het wenselijk dat het effect van de handelspraktijk vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep wordt beoordeeld. Daarom is het wenselijk in de lijst van praktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd een bepaling op te nemen waardoor reclame die gericht is op kinderen weliswaar niet volledig wordt verboden, maar waardoor zij wel worden beschermd tegen het rechtstreeks aanzetten tot kopen. Het criterium van de gemiddelde consument is geen statistisch criterium. Nationale rechtbanken en autoriteiten moeten, rekening houdend met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, hun eigen oordeel volgen om vast te stellen wat de typische reactie van de gemiddelde consument in een bepaald geval is.

Dit leidt tot nadere definiëring in ondermeer artikel 2 van de richtlijn

¹²⁵ P.J. van Koppen, D.J. Hessing, H.L.G. Merckelbach, H.F.M. Crombag (red.), Het recht van binnen: psychologie van het recht, Deventer: Kluwer 2002, op p. 72.

a) consument: een natuurlijke persoon die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen;

en bepaalt artikel 5 richtlijn:

2. Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij:

a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding,
en

b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

3. Een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Dit laat onverlet de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.

Gezien deze bepalingen definieert artikel 6:193a, eerste lid onder a BW ‘consument’ als een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Artikel 6:193b tweede lid, onder b, spreekt over de ‘gemiddelde’ consument. Artikel 6:193a, tweede lid, bepaalt dat in de betreffende afdeling mede onder ‘gemiddelde consument’ wordt verstaan: het gemiddelde lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt of het gemiddelde lid van een specifieke groep waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voorzien dat die groep wegens hun geestelijke of lichamelijke beperking, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product. De hiermee geïntroduceerde tegenstelling tussen de gemiddelde, goed geïnformeerde consument die in staat is zelf evenwichtige keuzes te maken en de ‘kwetsbare consument’ is niet zonder kritiek gebleven: juist de doelstelling van het consumentenrecht om kwetsbare deelnemers op de markt te beschermen wordt hiermee in een spagaat gebracht tussen gemiddelde en kwetsbare consumenten. De grenzen daartussen zijn niet helder aan te geven. Van Boom heeft dit beschreven in zijn bewerking van de uitspraken van de HR in de effectenlease-zaken: de mededelingsplicht van art. 6:228 BW strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling; tegen die achtergrond behoeft het uitleg waarom wel genoeg informatie was gegeven over de risico’s van het product maar niet voldoende was gewaarschuwd voor die risico’s.¹²⁶ Van Boom kan dan niet rijmen dat bedoeld lijkt te zijn dat bij massaproducten enerzijds informatie moet worden verschaft die de afnemer in staat stelt om een goed geïnformeerde keuze te maken (de dwalingstoets) en anderzijds diezelfde informatie bij risicovolle producten ook tot waarschuwing dient tegen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht (de zorgplichttoets). Koppelt men dit aan de stelling dat bij minder gefortuneerde beleggers het besteden van een aanzienlijk deel van het besteedbaar inkomen niet zelden tot een kwetsbare positie zal leiden (hetgeen door de Hoge Raad in de genoemde zaken ook is onderkend)¹²⁷, dan is het

¹²⁶ W.H. van Boom, De beslissing van de Hoge Raad in de effectenleasezaken, TvC 2009-6, p. 228-239.

¹²⁷ Zie bijvoorbeeld rov. 4.8.3 in de Levob-zaak, HR 5 juni 2009, LJN: BH2811: 4.8.3 Voor zover de onderdelen erop berusten dat het hof uitsluitend het risico van een restschuld ten grondslag heeft gelegd aan zijn oordeel dat Levob niet aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan, zien zij eraan voorbij dat het hof kennelijk heeft

afbakenen van de consument die wel en niet beschermd dient te worden geen eenvoudige zaak. Verdedigbaar is dat het concept van de consument zoals neergelegd in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in dat opzicht beperkt kan worden uitgelegd met inachtneming van de positie van minder geprivilegieerde consumenten, zonder dat daarbij tot stigmatisering wordt gekomen. Enerzijds kan dat door uit te gaan van duidelijk te omschrijven groepen, zoals kinderen en ouderen; anderzijds zou dat mogelijk zijn door het invullen van het begrip ‘redelijk opgeleide en goed geïnformeerde consument die in staat is tot het nemen van een deugdelijke aankoopbeslissing’ aan de hand van het gedrag van het normaal te verwachten gedrag van consumenten, waarbij rechters tal van factoren kunnen meewegen zoals sociale, culturele en taalkundige factoren (alhoewel dat weer tot problemen zou kunnen leiden bij grensoverschrijdende transacties).¹²⁸ In het Nederlandse financiële recht is zeker geen sprake van een eenduidig begrip ‘consument’. Enerzijds geeft dit flexibiliteit bij de toepassing van (handhavings-)normen in concrete gevallen, anderzijds biedt dit rechtsonzekerheid voor alle marktpartijen. Natuurlijk staat Nederland hierin niet alleen. Zo kent België evenmin een eenduidig begrip, afhankelijk van de doelstelling van de onderhavige regelingen, die deels (maar niet altijd) erop gericht zijn de zwakkere partij te beschermen. Het consumentbegrip is echter niet altijd beperkt tot consumenten in de klassieke juridische-technische betekenis van het woord.¹²⁹

Er is – als gezegd - nog veel werk aan de winkel als het streven naar een hoog niveau van consumentenbescherming serieus wordt genomen. Een voldoende duidelijke en heldere omschrijving van het begrip ‘consument’ biedt dan voor alle partijen duidelijkheid. Het nastreven van een uniform begrip ‘consument’ is niet dienstig voor het verwezenlijken van alle juridische, economische en maatschappelijke rollen die consumenten en aanbieders op een bepaalde markt beogen. Gezien de gesignaleerde problemen mag gewerkt worden met groepen of verzamelingen ‘consumenten’ indien voldoende ‘bargaining power’ ontbreekt. Het is de vraag hoe ver de ‘impact’ van de definitie van het begrip ‘consument’ in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken zal reiken. Met de daarin neergelegde definitie (als ‘codificatie’ van het bestaande gemeenschapsrecht, aangevuld met bescherming van kwetsbare of goedgegelovige groepen) komt men in ieder geval tot een drietraps-toets: allereerst (1) dient het feitelijk handelen van de wederpartij te worden beoordeeld (wel of niet beroeps- of bedrijfsmatig); vervolgens kan (2) invulling worden gegeven aan de specifieke doelstelling

geoordeeld dat Levob, zou zij inlichtingen hebben ingewonnen over de inkomens- en vermogenspositie van [B], uit die inlichtingen had moeten begrijpen dat de mogelijke financiële gevolgen een zodanig onverantwoord zware last voor [B] vormden, dat hij redelijkerwijze niet aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomsten zou kunnen voldoen. Daaraan heeft het hof de gevolgtrekking kunnen verbinden dat Levob niet heeft kunnen volstaan met (algemene) waarschuwingen tegen de gevaren van de overeenkomsten, maar in de gegeven omstandigheden voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomsten met [B] had moeten overleggen over maatregelen ter bescherming van [B] tegen de risico's van de overeenkomsten, welk overleg zij niet heeft gepleegd. Het betoog dat het hof geen beslissing heeft gegeven op het verweer van Levob dat [B] niet zou zijn afgehouden van het sluiten van de overeenkomsten nu hij geconfronteerd werd met duidelijke informatie over de mogelijkheid van een restschuld en hij die informatie tot zich nam en later bereid bleek ook bij een andere aanbieder effectenlease-overeenkomsten af te sluiten, stuit erop af dat het hof heeft geoordeeld dat de door Levob verstrekte informatie voor [B] juist niet duidelijk genoeg was.

¹²⁸ Zie hierover Th. Wilhelmsson, *The Informed Consumer v the Vulnerable Consumer in European Unfair Competition Practices Law – A Comment*, in: *The Yearbook of Consumer Law 2007*, p. 211-227. Stuyck kiest voor een benadering ter zake, een heeft voorkeur voor nationale regels ter bescherming van specifieke zwakke groepen (en pleit voor educatie van consumenten), J. Stuyck, *The Notion of the Empowered and Informed Consumer in Consumer Policy and how to protect the vulnerable under such a regime*, in: *Yearbook 2007*, p. 167-186.

¹²⁹ R. Steennot, *De bescherming van de consument in het financieel recht*, in: *De consument in het recht: vervend, verwaand of miskend?*, Vlaamse conferentie der Balie van Gent, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2003, p. 159-212.

van bijzondere regelingen ter bescherming van genoemde groepen of verzamelingen consumenten, waarna (3) de gemiddelde consument uit die groep als maatstaf moet dienen. De eerste toets is niet al te moeilijk, mede gezien de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in de Gruber-zaak. Aan de bewijslast ter zake mogen niet al te zware eisen worden gesteld, lijkt me. Steun hiervoor is ook te vinden in het Duitse recht, vgl. BGH 30 september 2009 - VIII ZR 7/09: 'Schließt eine natürliche Person ein Rechtsgeschäft objektiv zu einem Zweck ab, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, so kommt eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.' Als het gaat om de tweede fase, mag van nationale rechters worden verwacht een analyse van het normale gedrag van (groepen van) consumenten bij het aangaan van specifieke typen transacties (zonder direct naar deskundigenbericht of opinie-onderzoek te grijpen), waarna dan ook nog eens de gemiddelde consument uit die groep moet worden omschreven. De rechtsontwikkeling op dit punt zal nog moeten blijken. Vooralsnog kan geput worden uit de omvangrijke literatuur op het gebied van consumentengedrag, waarbij ook aandacht wordt besteed aan groepen, culturen en subculturen alsmede 'lifestyles'.¹³⁰

4.2 Enige opmerkingen over de achtergrond van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken vanuit het perspectief van het basisbeginsel: consumentenbescherming

4.2.1 Toepassingsbereik van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken¹³¹

In de preambule bij de richtlijn (nr. 9) wordt opgemerkt – voor zover van belang voor de onderhavige bijdrage – dat met betrekking tot financiële diensten, gezien de complexiteit en de eraan verbonden ernstige risico's, uitgebreide eisen moeten worden gesteld, waaronder positieve verplichtingen voor handelaren. Om die reden beperkt deze richtlijn (art. 3 onder 9) op het gebied van financiële diensten niet het recht van de lidstaten om verder te gaan dan de bepalingen van deze richtlijn, teneinde de economische belangen van de consumenten te beschermen. De richtlijn is slechts van toepassing voor zover er geen specifieke communautaire wetbepalingen bestaan betreffende specifieke aspecten van oneerlijke handelspraktijken, zoals de informatieverplichtingen en regels voor de wijze waarop de informatie aan de consument wordt gepresenteerd. De richtlijn beschermt de consument in gevallen waarvoor op communautair niveau geen specifieke, sectorale wetgeving bestaat, en verbiedt handelaren een verkeerde indruk te geven van de aard van producten. Dit is met name van belang voor complexe producten die veel risico's voor consumenten inhouden, zoals bepaalde financiële diensten. De richtlijn vormt bijgevolg een aanvulling op het *acquis communautaire* dat van toepassing is op handelspraktijken die de economische belangen van consumenten schaden. Naast het algemene verbod op oneerlijke (art. 5) misleidende (art. 6) en agressieve (art. 8) handelspraktijken stimuleert de richtlijn het gebruik

¹³⁰ Het meten van groepsverwachtingen is geen eenvoudige zaak. Als het gaat om consumptiegoederen zijn meetbare effecten voorhanden, zoals gebruiksvriendelijkheid, duurzaamheid en het optreden van gebreken. Bij dienstverlening ligt dat wezenlijk anders, aangezien de kenmerken daarvan zijn het onstoffelijk karakter ervan, de heterogeniteit en het samenvallen van productie en consumptie, zie bij: A. Parasurama, V.A. Zeithaml en L.L. Berry, *Journal of Retailing* 64(1)(1988), p. 12-37, op p. 12. Zie over consumentengedrag bijvoorbeeld M.R. Solomon, *Consumer Behavior*, London: Prentice Hall, 2009.

¹³¹ Vgl. D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Kluwer 2009 en Lieverse, preadvies.

van gedragscodes (art. 10) en wordt handhaving verbeterd (art. 11). Voor de financiële consument zullen met name de regels over misleiding¹³² van belang zijn; meer specifiek zijn er bepalingen opgenomen inzake claimsafhandeling door verzekeraars (bijlage Richtlijn nr. 27).¹³³

4.2.2 Totstandkoming richtlijn oneerlijke handelspraktijken

De totstandkoming van deze richtlijn is uitvoerig beschreven in Hoofdstuk 3 van het preadvies van Lieverse. De wenselijkheid van een dergelijke ‘framework’-regeling werd al langer verdedigd: ‘The added value of a general legislative framework on fair trading is obvious. It could take the role and function of an ‘*umbrella*’ and a ‘*safety net*’, umbrella to cover all the piecemeal regulations and put them under a common framework, and safety net, to address issues that are subject to special rules.’¹³⁴ Ook tijdens de voorbereiding voor de richtlijn was dit de centrale doelstelling: ‘This Proposal addresses barriers to the functioning of the internal market for retail goods and services arising from fragmented national regulation and the consequent costs and uncertainties for businesses, and from variable consumer protection standards which undermine consumer confidence. It does so by establishing a common, EU-wide framework for the regulation of unfair business-to-consumer commercial practices (notably advertising and marketing) which harm consumers’ economic interests. The centrepiece of this framework is a general prohibition of unfair commercial practices, based on common criteria for determining when a commercial practice is unfair. For extra legal certainty, this is supplemented by further elaboration of two key types of unfairness, misleading and aggressive practices, and a blacklist of practices which will always be unfair and are therefore prohibited up-front.’¹³⁵

Gezien de diversiteit in bestaande nationale en Europese regels (variërend van specifieke consumentenbeschermende bepalingen tot marktorderingsregelingen, zie de studie van Van Dam en Budaite)¹³⁶ alsmede gezien de verwarrende en uiteenlopende invulling van het begrip ‘oneerlijke handelspraktijk’ was deze aanpak vanuit de harmonisatiegedachte zeer verdedigbaar. Bezieet men echter de wijze waarop de richtlijn wordt geïmplementeerd, dan is zeer zeker nog sprake van continuering van bestaande instrumenten (soms van mededingsrechtelijke aard, vaak consumentenrechtelijk, niet zelden ingebed in reeds voorhanden zijnde instrumenten, mengeling van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, zie hierna) dan wel van de invoering van een geheel nieuwe regeling. De correcte toepassing en effectuering van de richtlijnbevestigingen (Europeesrechtelijk) zal dan ook geen eenvoudige zaak zijn. Een aantal problemen en onduidelijkheden is reeds eerder onderkend:¹³⁷ de reikwijdte van de richtlijn is niet helder indien deze in verband moet worden gebracht met andere (soms ook: minimum-harmonisatierichtlijnen). Ook het door de SER-

¹³² Zie voor Nederland bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2009 inzake World Online LJN: BH2162, waarover o.m. C.W.M. Lieverse, *Het arrest van de Hoge Raad over misleiding van beleggers bij de beursgang van World Online*, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk februari 2010, p. 35-41.

¹³³ Handhaving van de richtlijn op het gebied van financiële diensten en praktijken, AFM, art. 3.1 lid 1 Wet handhaving consumentenbescherming, zie uitvoerig het preadvies van Lieverse.

¹³⁴ Study on the Feasibility of a General Legislative Framework on Fair Trading by the Institut für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V. (November 2000).

¹³⁵ Opinion of the Commission, COM(2005) 96 final.

¹³⁶ Unfair commercial practices, An analysis of the existing national laws on unfair commercial practices between business and consumers in the new Member States, Coordinated C.C. van Dam & E. Budaite, British Institute of International and Comparative Law, London, October 2005.

¹³⁷ Zie bijvoorbeeld het SER-CCA advies Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU, 04/06, 2004, op p. 58 e.v.

CCA (t.a.p.) genoemde punt van onduidelijkheid inzake het verband tussen het in strijd met de professionele toewijding wezenlijk verstoren of kunnen verstoren van het *economische gedrag* van de gemiddelde consument of de groep waartoe deze behoort (artikel 5 richtlijn) en het beoogde doel de bescherming van de *economische belangen* van de consument (artikel 1 richtlijn) is nog niet opgelost. De CCA stelt voor de bepalingen aldus te lezen dat *als gevolg* van de wezenlijke verstoring van het economisch gedrag van de consument diens economische belangen worden geschaad. Mocht deze uitleg gevolgd worden, dan zou voor een succesvol beroep op de regeling minstens sprake moeten zijn van een eerste drempel in de vorm van een *dubbele* causaliteitstoets (zie hierover par. 3.11 van het preadvies van Lieverse inzake de overweging van de HR in de World Online zaak dat effectieve rechtsbescherming inzake de prospectusrichtlijn ertoe leidt dat een *condicio sine qua non*-verband tussen misleiding en beleggingsbeslissing mag worden aangenomen). Vervolgens komen de overige causaliteitsvragen aan de orde. Dit zal de privaatrechtelijke handhaving van de regeling niet eenvoudig maken (en stelt ook de bestuursrechtelijke handhavers voor problemen). Buiten de door Lieverse genoemde situatie (prospectusrichtlijn) zal de dubbele toets – naast mogelijk simultaan toepasselijke andere beschermingsmaatregelen) minstens even moeilijk zijn. Een ander punt dat in de Nederlandse regeling mogelijk onvoldoende is belicht is een kwestie die minder klemt indien de implementatie middels het mededingingsrecht had plaatsgevonden, zoals elders in lidstaten niet zelden het geval is: het gaat dan om de ook reeds bekende problematiek van de toepassing van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken tegen de achtergrond van het marktgedrag van ondernemers. Enerzijds stelt de richtlijn zich ten doel ‘rogue traders’ aan te pakken, anderzijds speelt steeds mee dat consumenten en aanbieders samen de markt vormen, en het dus zeer moeilijk wordt om ondanks individuele toepassing van de richtlijn te blijven zorgen voor een ‘level playing field’. Anders gezegd: mogen aanbieders die worden aangesproken op handelen in strijd met de regels inzake oneerlijke handelspraktijken als (rehtens succesvol) verweer voeren dat – bijvoorbeeld – weliswaar sprake is van het uitbuiten van een machtspositie (als bedoeld in artikel 2 richtlijn, onder j), maar dat deze machtspositie algemeen geldt in de markt (voor alle aanbieders). Dat kan het geval zijn op markten waar (te) weinig aanbieders opereren, of markten waar het openen ervan nog niet geheel zijn beslag heeft gekregen, dan wel markten die zijn uitgezonderd van specifieke mededingingsrechtelijke regels. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid dat een aanbieder erin slaagt aan te tonen dat meerdere aanbieders hetzelfde gedrag vertonen (oneerlijke handelspraktijken), en dat het dus in strijd met het recht (EVRM, misbruik van recht) is dat juist *déze* aanbieder wordt aangesproken. Dat zou dan slechts kunnen bij uitsluitend sterk afwijkend marktgedrag, hetgeen de toepassing van de nieuwe regels bemoeilijkt. De rol van concurrenten op de markt die een beroep zouden willen doen op de nieuwe regels wordt daarbij van groot belang (zoals dat ook al bij misleidende en vergelijkende reclame het geval was).¹³⁸ Juist op financiële markten zijn dergelijke situaties niet zelden aan de orde, ook al omdat de toepasselijke toezichtwetgeving (Wft, met als doelstelling goede marktwerking op het terrein van financiële diensten) een hoog niveau van compliance eist aan de door Grundmann-van de Krol in haar Nijmeegse oratie uitvoerig aan de orde gestelde daarin besloten liggende transparantie-, zorg en informatieplichten. Het uitgangspunt hierbij is dogmatisch gezien problematisch: consumentenrecht is van oorsprong gericht op bescherming van de ‘zwakke’ partij in het recht, en richt zich als zodanig op de onevenwichtigheid in ‘bargaining power’ tussen consument en professionele aanbieder. Een voorbeeld hiervan is te vinden in artikel 3, eerste lid (de ‘open norm’) van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten 93/13/EEG¹³⁹ (in Nederland

¹³⁸ Verkade, *infra*.

¹³⁹ Zie hierover recent Hof van Justitie EU zaak C-484/08 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid).

geïmplementeerd in de wettelijke regeling inzake algemene voorwaarden in afdeling 6.5.3 BW, en zie artikel 8.3 Whc voor wat betreft ‘zwarte’ bedingen).¹⁴⁰

Artikel 3

1. Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

Deze bepaling maakt duidelijk dat een verstoring van het contractsevenwicht de toetssteen is voor een beroep op het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst.

4.3 Oneerlijke handelspraktijken en mededingingsrecht

Verdedigbaar is echter dat het consumentenrecht gebaseerd zou moeten worden op paradigma's die ontleend zijn aan het marktdenken: het mededingingsrecht en het consumentenrecht zijn daarbij complementair bij de doelstelling dat centraal staat het herstellen van informatie-assymetrie en overige informatieproblemen die consumenten ondervinden bij het optreden op de markt.¹⁴¹ De basis voor het mededingings- en het consumentenrecht is dan het verhogen van het niveau van het consumentenwelzijn (consumer welfare). Gedrag in strijd met eerlijke mededinging is, evenals het verstoren van de informatie-assymetrie ten nadele van consumenten, een vorm van marktfalen. Het bestrijden daarvan is niet enkel van belang voor consumenten, maar voor alle marktdeelnemers. Vervolgens komt dan de vraag op welke instrumenten dienstbaar kunnen zijn aan het herstellen van het evenwicht op de markten, en bij het verbeteren van de informatie-positie van marktdeelnemers. Een belangrijk onderdeel van die vraag is welke rol het privaatrecht in het algemeen, en het contractenrecht in het bijzonder, daarbij behoort te spelen.¹⁴² De EU regelt met name consumentenproblemen, en is gezien het Verdrag van Lissabon niet bevoegd tot aanpassing van het gehele privaatrecht van de EU. Dat maakt het moeilijk om het consumentenrecht te integreren tot een allesomvattend wetboek van consumentenrecht¹⁴³ (inclusief privaatrechtelijke aspecten zoals de totstandkoming van overeenkomsten en algemene regels inzake wanprestatie); het ontwikkelen van een Europees burgerlijk wetboek is in dat opzicht een nog lastiger project.¹⁴⁴ Daarnaast is het de vraag hoe het consumentenrecht zich dan verhoudt tot het antitrustrecht en het recht inzake oneerlijke mededinging. Vooral dat laatste onderdeel van het mededingingsrecht heeft te maken met bekende vormen van marktfalen, zoals informatieproblemen, misbruik van dominante posities en zwaardere vergrijpen zoals agressieve en oneerlijke praktijken en zelfs situaties die op diefstal lijken. De vermenging van deze rechtsfiguren tegen de achtergrond van de verdedigde

¹⁴⁰ Zie artikel 3.2 Whc voor de bestuursrechtelijke bevoegdheid van de AFM inzake de handhaving van deze richtlijn (toezicht op de naleving) alsmede artikel 3.3 en 3.4 Whc in combinatie met de bijlage bij de Whc onderdelen a, b en c met name onder sub c.2.

¹⁴¹ Zie hiervoor ondermeer F. Gomez, EC Consumer protection law and EC competition law: how related are they? A law and economics perspective, in: Hugh Collins (ed.), *The forthcoming Directive on Unfair Commercial Practices, Contract, Consumer and Competition Law Implications*, p. 187-208 alsmede S. Grundmann, *EC Consumer and EC Competition Law: How related are they? Examining the existing EC Contract Law sources*, in: Collins, a.w., p. 209-222.

¹⁴² S. Grundmann, t.a.p. op p. 209. Zie over de afwegingscriteria voor eventuele ‘zwakkere’ posities op de markt ook Jules Stuyck en Tom van Dyck, *EC Competition rules on vertical restriction and the realities of a changing retail sector of national contract laws*, in: Collins, a.w., p. 131-186, met name op p. 182-183.

¹⁴³ Zie J.G.J. Rinkes, *Consumer Law: Making sense*, Oratie Maastricht 2005, Zutphen: Uitgeverij Paris 2006.

¹⁴⁴ Zie de ontwikkeling van een Draft Common Frame of Reference.

gemene doelstellingen van het mededingingsrecht en het consumentenrecht is inmiddels redelijk gevorderd: een voorbeeld daarvan is te vinden in het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels.¹⁴⁵ Weatherill heeft zelfs verdedigd¹⁴⁶ dat mededingingsrecht een vorm van consumentenbescherming is, een standpunt dat in mededingingsrechtelijke kringen niet altijd onderschreven zal worden. Kenmerkend is ook dat de meest recente toevoegingen aan het *consumentenacquis* met name gericht zijn op het herstellen van onevenwichtigheden door het verbeteren van de informatieverplichtingen van aanbieders.¹⁴⁷ De Vrey heeft aangetoond¹⁴⁸ dat het mededingingsrecht dat oorspronkelijk gericht was op de belangen van de (eerlijke) ondernemer, is ontwikkeld naar een systeem dat meer gericht is op consumentenbescherming) en de markt als geheel.¹⁴⁹ De richtlijn oneerlijke handelspraktijken is daarvan een krachtig voorbeeld, en heeft een aantal bijzondere aspecten:¹⁵⁰ maximumharmonisatie (met de daarmee verbonden problemen in verband met andere richtlijnen, zoals uitgewerkt in het preadvies van Lieverse),¹⁵¹ een algemene norm (oneerlijke handelspraktijken zijn verboden), uitgewerkt in meer specifieke bepalingen, een zwarte lijst, bijzondere rechtsmiddelen en een bijzonder toepassingsbereik. Vooral dat laatste is van belang voor het onderhavige preadvies: anders dan eerdere richtlijnen betreft de richtlijn oneerlijke handelspraktijken *alle* soorten oneerlijke handelspraktijken (weliswaar enkel in B2C relaties). De toepassing is niet beperkt tot bijzondere soorten oneerlijk gedrag, zoals inzake reclame, producten of diensten.¹⁵² Het gevolg van de beperking tot B2C betekent echter wel dat het mededingingsrecht gesplitst lijkt te zijn in een deel dat regels bevat ter bescherming van de consument en een deel dat dient ter bescherming van de (eerlijke) ondernemer.¹⁵³ Wat de gevolgen daarvan zijn voor marktdeelnemers en met name voor (eerlijke) ondernemers is nog niet uitgekristalliseerd: voorlopig zal men rekening moeten houden met verschillende regelsystemen die allemaal tot doel hebben dat enkel sprake is van eerlijke handelspraktijken op alle markten. De verschillen in aanpak bij de implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in de diverse lidstaten (zie hierna) laat zien dat dit onderdeel van de problematiek vooralsnog niet is uitgewerkt. Steun voor de opvatting dat dit niet uitsluit dat met name ook concurrenten (aldus ‘indirect’, als het ware) een beroep kunnen doen op nationale regels inzake oneerlijke handelspraktijken is te vinden in de in het navolgende te bespreken conclusie van A-G Trstenjak inzake Zaak C-540/08 (Mediaprint), onder verwijzing naar zaak C-304/08 (Plus): de veronderstelling dat de richtlijn om die reden

¹⁴⁵ COM(2008)165 definitief. Zie o.m. W.H. van Boom & M.B.M. Loos (eds.), *Effective enforcement of consumer law in europe: synchronizing private, public, and collective mechanisms*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

¹⁴⁶ S. Weatherill, *The Links between Competition Policy and Consumer Protection*, in: G. Howells, A. Nordhausen, D. Parry & Chr. Twigg-Flesner, *The Yearbook of Consumer Law 2007*, Aldershot: Ashgate 2007, p. 187-209.

¹⁴⁷ S. Grundmann, W. Kerber en S. Weatherill (eds.), *Party autonomy and the role of information in the internal market*, Berlijn: De Gruyter, 2001.

¹⁴⁸ R.W. de Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

¹⁴⁹ De Vrey, a.w., p. 45-46.

¹⁵⁰ De Vrey, p. 55-77.

¹⁵¹ Zie over de problemen met maximumharmonisatie ook E. Terry, *Afbakeningsproblemen en maximumharmonisatie, een pingpongspel met weinig rechtszekerheid of nog een reden om omzichtig om te springen met maximumharmonisatie*, TvD 2009/5, p. 169-174.

¹⁵² Zie over het toepassingsbereik van de richtlijn ook U. Bernitz, *The Unfair Commercial Practices Directive: its scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition*, in: S. Weatherill en U. Bernitz (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29, New Rules and Techniques*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, p. 33-46. Vgl. Over deze beperking ook G. Howells, *UCPD – A Missed Opportunity*, in: Weatherill & Bernitz, a.w., p. 103-114, op p. 111-112.

¹⁵³ De Vrey, p. 60.

(de richtlijn beschermt *alleen de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze* tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, JGJR) de economische belangen van rechtmatig handelende concurrenten minder beschermenswaardig acht, lijkt Trstenjak niet juist. Zoals duidelijk blijkt uit punt 8 van de considerans, beschermt de richtlijn namelijk *ook onrechtstreeks rechtmatig handelende ondernemingen tegen concurrenten* die zich niet houden aan de regels van de richtlijn. Hetzelfde probleem is gesignaleerd door Van Boom bij de handhaving van consumentenbelangen op grond van de Whc.¹⁵⁴

4.4 Het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken: Market-Correcting

Het uiteindelijke doel van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in samenhang met het mededingingsrecht kan vanwege het oogmerk tot verbetering van de marktpositie van consumenten dan ook gezien worden als het streven naar ‘market building’ in plaats van ‘Market-Correcting’.¹⁵⁵ In dat perspectief is het vreemd dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken maximum harmonisatie beoogt: hoe moeten lidstaten optreden tegen handelspraktijken die buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen? Een ‘safeguard clause’ ter zake ontbreekt, zoals deze wel zijn opgenomen in de richtlijnen inzake algemene productveiligheid¹⁵⁶ en elektronische handel.¹⁵⁷ Howells¹⁵⁸ betreurt dit, en wijst op het feit dat zelfs de richtlijn inzake financiële diensten op afstand¹⁵⁹ uiteindelijk aan lidstaten (in afwachting van verdere harmonisatie) lidstaten de bevoegdheid geeft aanvullende informatievereisten op te leggen. De beperking van het toepassingsbereik van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken geldt echter niet voor financiële diensten als zodanig; het is gebruikelijk in de EU dat dergelijke diensten (die overigens ook buiten het bevoegdheidsbereik van het verantwoordelijke DG Sanco vallen, en onder het DG Interne markt en diensten vallen) een uitzonderingspositie hebben.¹⁶⁰ Dat de uitwerking van deze situatie bij toepassing van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken in het financiële recht problematisch is voor rechtsverwerkelijking en handhaving ervan is aangetoond in het preadvies van Lieverse.

De versterking van de rol van de consument in het mededingingsrecht krijgt een belangrijke versnelling als de Commissie de Resolutie van het Europees Parlement van 9 maart 2010 over het verslag over het mededingingsbeleid 2008 (2009/2173(INI)) volgt. Het Europees Parlement heeft onder meer de volgende bepalingen aangenomen:¹⁶¹

¹⁵⁴ Zie hierover W.H. van Boom, *Handhaving consumentenbescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2010, p. 8-10.

¹⁵⁵ Vgl. Antonina Bakardjieva Engelbrekt, *An end to fragmentation? The unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe*, in: Weatherill & Bernitz, a.w., p. 47-90. Ook de ‘nieuwe’ lidstaten hebben keuzes moeten maken inzake implementatie in hetzij het mededingingsrecht, hetzij het consumentenrecht.

¹⁵⁶ Richtlijn 2001/95/EG.

¹⁵⁷ Richtlijn 2000/31/EG.

¹⁵⁸ A.w., p. 111.

¹⁵⁹ Richtlijn 2002/65/EG.

¹⁶⁰ Howells, a.w., p. 112.

¹⁶¹ Zie verder in dit verband tevens de volgende overwegingen: 6. moedigt de Europese Commissie aan met consumentenorganisaties een bestendige en duurzame dialoog op gang te brengen om mededingingsproblemen aan het licht te brengen en prioriteiten bij de rechtshandhaving te definiëren; verzoekt om een volledig verslag over de activiteiten van het Contactpunt consumenten van DG Concurrentie; 42. is ingenomen met de goedkeuring door de Commissie van het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels; beschouwt dit als een overwinning voor consumentenbescherming binnen

‘Het Europees Parlement

1. verwelkomt het verslag over het mededingingsbeleid 2008, met name het hierin opgenomen themahoofdstuk over kartels en de consumenten; ondersteunt de oprichting van een Contactpunt Consumenten; merkt op dat het bestaan van kartels consumenten schade berokkent; betreurt dat consumenten slechts moeilijk van de voordelen van concurrentie kunnen profiteren;
2. legt er de nadruk op dat de vorming van kartels tot de ernstigste schendingen van het mededingingsrecht behoort, dat kartels de waardeketen verstoren, nadelig zijn voor de consumenten en een zeer negatieve invloed hebben op de economie; moedigt de Commissie aan verder te gaan met haar strenge handhaving om kartels te voorkomen en te bestrijden; verwelkomt instrumenten zoals het schikkingspakket, dat de Commissie in staat stelt kartelzaken te beslechten door middel van een vereenvoudigde procedure, waarbij kartels na inzage van het bewijsmateriaal ervoor kiezen om hun betrokkenheid bij het kartel toe te geven en de aan de partijen opgelegde boete verminderd wordt; wijst er nogmaals op dat het mededingingsbeleid en strenge handhaving van de mededingingsregels onontbeerlijk zijn voor soepel functionerende en concurrerende Europese markten, omdat hierdoor de efficiëntie, het optimaal functioneren van het bedrijfsleven en de consumentenbescherming verbeterd worden; is met name van oordeel dat kartelbestrijding cruciaal is om te verzekeren dat consumenten baat hebben bij een mededingingsregeling door middel van lagere prijzen en een ruimere keuze van producten en diensten;
44. verzoekt de Commissie haar initiatieven inzake mededingingsrecht en consumentenrecht beter te coördineren.’

De wens van Weatherill¹⁶² dat ‘competition law be shaped, applied and enforced with explicit recognition of its role in the service of the consumer, and to maintain the argument that in

de Europese Unie; 43. herinnert eraan dat kartels de economie schaden en tot de ernstigste schendingen van het mededingingsrecht behoren; meent dat dergelijke schendingen van het mededingingsrecht ingaan tegen de belangen van de burgers van de Unie, aangezien zij inhouden dat de voordelen van de uit de mededinging voortvloeiende lagere prijzen niet naar de consumenten kunnen worden overgedragen; wijst er in dit verband op dat in alle toekomstige voorstellen inzake collectieve schadeloosstelling rekening moet worden gehouden met het standpunt van het Parlement, dat is uitgedrukt in zijn resolutie van 26 maart 2009 over schadevorderingen wegens schending van de EU-antitrustregels en beklemtoont dat het Parlement moet worden betrokken bij de goedkeuring van dergelijke handelingen door middel van de medebeslissingprocedure; 45. is tevreden over het feit dat de Commissie de afgelopen jaren zeer resoluut heeft gereageerd op mededingingsverstoring gedrag dat consumenten en de economie veel schade berokkent; wijst op de noodzaak van een breed draagvlak voor het concurrentiebeleid en van democratische legitimiteit welke door de inschakeling van het Europees Parlement gewaarborgd wordt; is er bezorgd over dat het gebruik van steeds hogere boetes als enig instrument wellicht te grof is, niet in de laatste plaats met het oog op mogelijk banenverlies indien bedrijven de boetes niet kunnen betalen, en roept op tot de ontwikkeling van een breder scala aan verfijnder instrumenten, waarmee punten worden aangesproken als de individuele verantwoordelijkheid, transparantie en verantwoordingsplicht van ondernemingen, kortere procedures, het recht op verdediging en een eerlijk proces, mechanismen ter waarborging van een doeltreffende gang van zaken bij clementieverzoeken (met name om de interferentie te ondervangen die veroorzaakt is door de discovery-procedures in de VS), programma's voor naleving van de regelgeving door bedrijven en de ontwikkeling van Europese normen; is voorstander van een benadering waarbij slecht gedrag wordt bestraft met sancties met een daadwerkelijk afschrikkende werking, met name voor recidivisten, en goed gedrag wordt beloond met stimulansen.’

¹⁶² Yearbook 2007, p. 209.

addition modern competition policy involves the adoption of wider measures of consumer protection, reflecting failures and inequities in a market even after its disciplining according to the requirements of competition law' is in het Parlement kennelijk goed geland.

Op alle markten, maar zeer zeker ook op de financiële markten, zet dit de toepassing van de instrumenten die de richtlijn oneerlijke handelspraktijken biedt in een veel ruimere positie dan men op het eerste gezicht zou vermoeden.

4.5 Beknopt overzicht van de rechtspraak Hof van Justitie op het terrein van oneerlijke handelspraktijken

4.5.1 Huis-aan-huis verkoop van een beleggingsproduct en herroepingsrecht: de zaak Friz¹⁶³

Op 15 april 2010 heeft het Hof van Justitie en arrest gewezen betreffende consumentenbescherming bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (richtlijn 85/577/EEG) in een zaak die ging om huis-aan-huis verkoop van toetreding tot een vastgoedfonds (zaak C-215/08 (E. Friz GmbH tegen Carsten von der Heyden)). Het betrof de volgende casus:

Op 23 juli 1991 is Von der Heyden na een huis-aan-huisverkoopactie van een vertegenwoordiger van Roland Steuerberatungs GmbH (hierna: „firma Roland”), als investerend vennoot toetreden tot een gesloten vastgoedfonds tegen een kapitaalinzet van 384 044 DEM. Dit fonds, dat de vorm had van een civielrechtelijke personenvennootschap en bestond uit 46 vennoten, had als doel onderhoud, modernisering en beheer van een perceel te Berlijn. Op het tijdstip van genoemde toetreding werd dit fonds beheerd door de firma Roland.

Op 6 augustus 2002 beëindigde Von der Heyden met onmiddellijke ingang zijn deelneming in deze civielrechtelijke vennootschap en herriep¹⁶⁴ hij krachtens § 3 HWiG¹⁶⁵ zijn toetreding daartoe.

¹⁶³ Zie over het herroepingsrecht ook zaak C-481/99 (Heiniger): richtlijn 85/577/EEG is van toepassing op een kredietovereenkomst waarbij een lening wordt toegekend onder voorwaarde dat een zakelijke zekerheid wordt gesteld, als bedoeld in het hoofdgeding, zodat de consument die een dergelijke overeenkomst in één van de in artikel 1 van deze richtlijn bedoelde gevallen heeft gesloten, het bij artikel 5 van de richtlijn ingevoerde recht van opzegging heeft. De richtlijn verzet zich ertegen dat de nationale wetgever voor de uitoefening van het bij artikel 5 van deze richtlijn ingevoerde recht van opzegging een termijn van één jaar te rekenen vanaf het sluiten van de overeenkomst toepast, wanneer de consument niet de in artikel 4 van deze richtlijn voorgeschreven informatie heeft ontvangen.

¹⁶⁴ Vgl. over het herroepingsrecht bij op afstand gesloten overeenkomsten tevens zaak C-511/08 (Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH tegen Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV), eveneens van 15 april 2010.

¹⁶⁵ De richtlijn is in Duits recht omgezet bij de wet inzake de opzegging van overeenkomsten die zijn gesloten via huis-aan-huisverkoop en soortgelijke transacties (Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften) van 16 januari 1986 (BGBl. 1986 I, blz. 122).

In de op het tijdstip van de feiten van het hoofdgeding geldende versie van deze wet (hierna: „HWiG”) luidde § 1, lid 1, HWiG aldus:

„Indien de klant ertoe is gebracht een wilsverklaring af te leggen tot het sluiten van een overeenkomst betreffende een prestatie onder bezwarende titel:

door mondelinge onderhandelingen op zijn werk of thuis, [...]

geldt deze wilsverklaring pas indien de klant deze niet binnen een termijn van een week schriftelijk heeft herroepen.”

In § 3, lid 1, HWiG wordt bepaald:

„In het geval van herroeping is iedere partij gehouden de andere partij de ontvangen prestaties terug te geven. Opzegging is niet uitgesloten vanwege verslechterde staat of teloorgang van het voorwerp of vanwege een

Friz vorderde in haar hoedanigheid van beheerder van het vastgoedfonds van Von der Heyden betaling van een negatief liquidatiesaldo van 16 319 EUR, zijnde het verschil tussen de waarde van zijn inleg bij toetreding tot de vennootschap en zijn aandeel in het verlies van de vennootschap tot de datum van de herroeping van deze toetreding.

Het Hof stelde voorop dat het hoofdgeding betrekking heeft op het geval dat een consument is toetreden tot een gesloten vastgoedfonds met de vorm van een personenvennootschap, maar dat de door de verwijzende rechter gestelde vragen tevens betrekking hebben op andere soorten vennootschappen en verenigingsvormen, zoals handelsvennootschappen, verenigingen en coöperaties. Het Hof toetst vervolgens de eigen bevoegdheid, en stelt vast dat de vragen van de verwijzende rechter hypothetisch zijn voor zover zij tevens betrekking hebben op de toetreding van een consument tot een handelsvennootschap, een vereniging of een coöperatie. Het Hof acht zich dus bevoegd om over het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing uitspraak te doen voor zover dit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie betreft, namelijk de toetreding van een consument tot een gesloten vastgoedfonds met de vorm van een personenvennootschap.

De verwijzende rechter wenst als eerste vraag in wezen te vernemen of de richtlijn van toepassing is op een overeenkomst zoals in het hoofdgeding aan de orde, die de toetreding van een consument tot een gesloten vastgoedfonds met de vorm van een personenvennootschap betreft en een contractuele relatie tussen de consument en de fondsbeheerder tot stand brengt, wanneer het doel van die toetreding volgens deze rechter prioritair niet is om lid van de vennootschap te worden, maar om geld te beleggen.

Ter beantwoording van deze vraag wijst het Hof er op dat de richtlijn ingevolge artikel 1, lid 1, tweede streepje, met name van toepassing is op overeenkomsten die worden gesloten tijdens een bezoek van de handelaar ten huize van de consument, wanneer het bezoek niet op uitdrukkelijk verzoek van de consument heeft plaatsgevonden.

In artikel 2 van de richtlijn wordt verder bepaald dat onder het begrip „handelaar” in de zin van deze bepaling wordt verstaan een natuurlijk of rechtspersoon die de transactie sluit in het kader van zijn commerciële of beroepsactiviteit alsmede een persoon die namens of voor rekening van een handelaar optreedt.

In de onderhavige zaak blijkt dat de verklaring van toetreding van Von der Heyden tot het vastgoedfonds, dat ten tijde van de sluiting van de overeenkomst werd beheerd door de firma Roland in het kader van haar commerciële of beroepsactiviteiten, door de consument is ondertekend tijdens een ongevraagd huisbezoek. De toetreding vond plaats tegen een kapitaalleg van 384 044 DEM, die door Von der Heyden op een bankrekening van de firma werd gestort.

Eveneens blijkt dat dit huisbezoek werd afgelegd door een vertegenwoordiger van de firma Roland, die uitdrukkelijk optrad als beheerder van het vastgoedfonds en die van dit fonds een commissie ontving voor elke met een nieuwe vennoot aangegane overeenkomst.

andere omstandigheid waardoor het ontvangen voorwerp niet kan worden teruggegeven. Indien de klant aansprakelijk is voor de verslechterde staat, de teloorgang of andere omstandigheid, moet hij het waardeverschil of de waarde van het voorwerp aan de andere partij vergoeden.”

Derhalve stelt het Hof vast dat de toetreding door een consument tot een gesloten vastgoedfonds met de vorm van een personenvennootschap, in omstandigheden als beschreven door de verwijzende rechter, tot de in artikel 1 van de richtlijn bedoelde objectieve situaties behoort en dat zij dus binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt.

Aan deze conclusie doet naar het oordeel van het Hof niet af het betoog van de Duitse regering dat, aangezien het doel van het fonds het onderhoud, de modernisering en het beheer van een perceel is, de verklaring van toetreding tot dit fonds een overeenkomst is betreffende „andere rechten op onroerend goed” in de zin van artikel 3, lid 2, sub a, van de richtlijn, en dat deze overeenkomst daarom niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt.

In dit verband herinnert het Hof er aan dat volgens vaste rechtspraak afwijkingen van de gemeenschapsregels inzake consumentenbescherming restrictief dienen te worden uitgelegd (zie met name het arrest van 13 december 2001, Heininger, zaak C-481/99, punt 31).

Naar het oordeel van het Hof gaat het er slechts om dat de door Von der Heyden getekende overeenkomst geen betrekking had op rechten op een onroerend goed, en wel die welke worden uitgezonderd in artikel 3, lid 2, sub a, van de richtlijn, maar uitsluitend op de toetreding tot een vastgoedfonds door middel van de verwerving van aandelen in een personenvennootschap tegen kapitaalbreng.

Derhalve antwoordt het Hof op de eerste vraag dat de richtlijn van toepassing is op een overeenkomst, gesloten in omstandigheden als in het hoofdgeding aan de orde, betreffende de toetreding van een consument tot een gesloten vastgoedfonds met de vorm van een personenvennootschap, wanneer het doel van die toetreding prioritair niet is om lid van de vennootschap te worden maar om geld te beleggen.

Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 5, lid 2, van de richtlijn in de weg staat aan een regel van nationale rechtspraak die inhoudt dat, in geval van herroeping van een in het kader van ongevraagde huis-aan-huisverkoop gedane toetreding tot een gesloten vastgoedfonds met de vorm van een personenvennootschap, de consument jegens de vennootschap op het saldo van de scheiding en deling een naar rato van zijn deelneming op het tijdstip van zijn terugtrekking berekend recht kan doen gelden, en aldus wellicht een lager bedrag terugkrijgt dan zijn inleg of gehouden is deel te nemen in het verlies van het fonds.

Ter beantwoording van deze vraag herinnert het Hof er in de eerste plaats aan dat volgens artikel 5, lid 1, van de richtlijn de consument het recht heeft om afstand te doen van de gevolgen van zijn verbintenis, door middel van een kennisgeving binnen ten minste zeven dagen na de datum waarop de handelaar hem schriftelijk mededeling heeft gedaan van dit recht en van de wijze waarop en de voorwaarden waaronder hij daarvan gebruik kan maken.

In de tweede plaats, aldus het Hof, bepaalt artikel 5, lid 2, van de richtlijn dat de kennisgeving van de afstand door de consument tot gevolg heeft dat hij van alle verplichtingen uit de opgezegde overeenkomst is ontslagen.

Het Hof overweegt vervolgens: indien de consument naar behoren van zijn recht van afstand in kennis is gesteld, kan hij zich dus van zijn verplichtingen uit de overeenkomst bevrijden door binnen de in artikel 5, lid 1, van de richtlijn gestelde termijn en op de door de nationale wetgeving voorgeschreven wijze en voorwaarden gebruik te maken van zijn recht.

Wanneer hij deze informatie echter niet heeft ontvangen, kan deze termijn van ten minste zeven dagen niet aanvangen, zodat de consument te allen tijde van zijn recht van afstand ingevolge artikel 5, lid 1, van de richtlijn gebruik kan maken (zie in die zin arrest Heininger, C-481/99, punt 45).

In casu wijst het Hof er evenwel op dat de verwijzende rechter in zijn vraag juist refereert aan artikel 5, lid 2, van de richtlijn en dus aan het geval dat aan de informatieplicht door de handelaar is voldaan en de kennisgeving van afstand door de consument heeft plaatsgevonden overeenkomstig de in lid 1 van die bepaling genoemde voorwaarden en wijze.

In deze context wenst het Bundesgerichtshof te vernemen in hoeverre een nationale regel van rechtspraak zoals die waar het in het hoofdgeding om gaat, de rechtsgevolgen van de uitoefening van het in artikel 5, lid 1, neergelegde recht van afstand kan inperken.

Zoals artikel 7 van de richtlijn bepaalt, worden de juridische gevolgen betreffende de uitoefening van het recht van afstand geregeld volgens het nationale recht.

Het Hof overweegt vervolgens:

‘Voorts volgt uit de rechtspraak dat de consequenties van een dergelijke eventuele afstand weliswaar geregeld worden door het nationale recht, maar dat de lidstaten hun bevoegdheid ter zake niettemin moeten uitoefenen met inachtneming van het recht van de Unie, meer in het bijzonder van de voorschriften van de richtlijn, uitgelegd in het licht van haar doelstelling en op zodanige wijze dat haar nuttige werking is verzekerd. In ditzelfde perspectief moeten de nationale rechters in een geding tussen particulieren zo veel mogelijk het gehele nationale recht uitleggen in het licht van de bewoordingen en de doelstelling van de richtlijn om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het door de richtlijn beoogde doel (zie in die zin in het bijzonder arrest Schulte, zaak C-350/03, punten 69, 71 en 102).

Niettemin, zoals het Hof reeds eerder heeft verklaard, lijdt het weliswaar geen twijfel dat de richtlijn de bescherming van de consument tot doel heeft, maar dit betekent niet dat deze bescherming absoluut is. Zo blijkt zowel uit de algehele opzet als uit de bewoordingen van verschillende bepalingen van deze richtlijn dat deze bescherming zekere beperkingen kent (zie arrest van 10 april 2008, Hamilton, C-412/06).

Meer speciaal ten aanzien van de consequenties van de uitoefening van het recht van afstand heeft het Hof inderdaad erkend dat de kennisgeving van de herroeping zowel voor de consument als voor de handelaar herstel in de oorspronkelijke toestand tot gevolg heeft (zie in die zin arrest Schulte, zaak C-350/03). Dit neemt niet weg dat in de richtlijn nergens wordt uitgesloten dat de consument in bepaalde specifieke gevallen verplichtingen kan hebben ten opzichte van de handelaar en eventueel bepaalde consequenties van de uitoefening van zijn recht van afstand zal moeten dragen (zie in die zin arrest Schulte, punt 93).

In het licht van deze overwegingen moet worden gezien of de richtlijn niet in de weg staat aan een nationale regel die inhoudt dat de consument die zijn toetreding tot een gesloten vastgoedfonds met de vorm van een personenvennootschap herroept, jegens de vennootschap een naar rato van zijn deelneming op het tijdstip van zijn terugtrekking berekend recht kan doen gelden.

Dit lijkt met betrekking tot de in geding zijnde nationale regel het geval te zijn.

Zoals het Bundesgerichtshof in zijn verwijzingsbeslissing heeft verklaard, beoogt deze regel immers overeenkomstig de algemene beginselen van burgerlijk recht een redelijk evenwicht en een eerlijke verdeling van de risico's tussen de verschillende belanghebbenden te verzekeren.

In het bijzonder biedt een dergelijke regel enerzijds de consument die zijn toetreding tot een gesloten vastgoedfonds met de vorm van een personenvennootschap herroept, de mogelijkheid om zijn aandelen te restitueren terwijl hij een deel van de risico's draagt die inherent zijn aan elke kapitaalinvestering van het in de onderhavige zaak aan de orde zijnde type. Anderzijds maakt zij het tevens de medevennoten en/of derden-schuldeisers in omstandigheden als die van het hoofdgeding mogelijk, niet te hoeven opkomen voor de financiële consequenties van de herroeping van die toetreding, welke overigens heeft plaatsgevonden na de ondertekening van een overeenkomst waarbij die laatsten geen partij waren.

Gelet op de voorgaande overwegingen moet de tweede vraag derhalve aldus worden beantwoord dat artikel 5, lid 2, van de richtlijn in omstandigheden als die van het hoofdgeding niet in de weg staat aan een nationale regel die inhoudt dat in geval van herroeping van de toetreding tot een gesloten vastgoedfonds met de vorm van een personenvennootschap, welke toetreding heeft plaatsgevonden na ongevraagde huis-aan-huisverkoop, de consument jegens de vennootschap een naar rato van zijn deelneming op het tijdstip van zijn terugtrekking uit dit fonds berekend recht op het saldo van de scheiding en deling kan doen gelden, en aldus wellicht een lager bedrag terugkrijgt dan zijn inleg of gehouden is deel te nemen in het verlies van dit fonds.'

Op deze wijze wordt dus – ondanks de zeer ver reikende bescherming die de Colportagerichtlijn 85/577/EEG biedt - een belangrijke mogelijkheid geboden om tot belangenafweging te komen bij huis-aan-huisverkoop van een beleggingsproduct en de uitoefening van het herroepingsrecht. Nationale rechters hebben dus op dit punt een belangrijke mogelijkheid om naar rato een bedrag toe te kennen bij de uitoefening van het herroepingsrecht.

4.5.2 Koppelverkoop en gezamenlijk aanbod: de zaken Plus, VTB-VAB en Galatea

Zie over oneerlijke handelspraktijken in de rechtspraak van het Hof van Justitie zaak C-304/08 (Plus Warenhandelsgesellschaft, deelname loterij met aankoopverplichting), alsmede de gevoegde zaken C-261/07 en C-299/07 (VTB-VAB, nationaal verbod gezamenlijk aanbod)¹⁶⁶ en zaak C-522/08 (Telekomunikacija Poloka S.A. tegen Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej): de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling die, behoudens bepaalde uitzonderingen, elk gezamenlijk aanbod van een verkoper aan een consument verbiedt, ongeacht de specifieke omstandigheden van het concrete geval. Zie voorts zaak C-299/07 (Galatea) over een vergelijkbare kwestie.

4.5.3 Uitnodiging tot aankoop: Ving Sverige AB

In de bij het Hof voorliggende zaak C-122/10 (Ving Sverige AB) worden de navolgende vragen gesteld: Moet de voorwaarde 'de consument aldus in staat stelt een aankoop te doen' in artikel 2, sub i, van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei

¹⁶⁶ Zie over deze zaak ook uitvoerig E. Terry, TvC 2009/5, p. 169-174.

2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt aldus worden uitgelegd, dat van een uitnodiging tot aankoop sprake is zodra informatie beschikbaar is over het geadverteerde product en de prijs ervan, zodat de consument kan besluiten een aankoop te doen, of is vereist dat de commerciële boodschap ook een daadwerkelijke mogelijkheid biedt om het product te kopen (zoals met een bestelformulier) of dat er toegang is tot een dergelijke mogelijkheid (zoals een reclame buiten een winkel)? Indien het antwoord op de bovenstaande vraag luidt dat er een daadwerkelijke mogelijkheid moet zijn om het product te kopen, is daarvan dan sprake wanneer de commerciële boodschap verwijst naar een telefoonnummer of website waar het product kan worden besteld? Moet artikel 2, sub i, van richtlijn 2005/29 aldus worden uitgelegd dat aan het vereiste van een prijs is voldaan wanneer de commerciële boodschap een ,vanaf'-prijs vermeldt, dat wil zeggen de laagste prijs waartegen het geadverteerde product of de geadverteerde categorie producten gekocht kan worden, terwijl het geadverteerde product of deze categorie producten tegelijkertijd verkrijgbaar is in andere uitvoeringen of met een andere inhoud, tegen prijzen die niet worden vermeld? Moet artikel 2, sub i, van richtlijn 2005/29 aldus worden uitgelegd dat aan de voorwaarde met betrekking tot de kenmerken van het product is voldaan zodra er in woord of beeld naar het product verwezen wordt (,verbal or visual reference to the product'), dat wil zeggen dat het product wordt geïdentificeerd maar niet nader beschreven?

Zo ja, geldt dit antwoord dan tevens wanneer diverse uitvoeringen van het geadverteerde product worden aangeboden, maar deze in de commerciële boodschap slechts onder een gemeenschappelijke naam worden aangeduid? Indien er sprake is van een uitnodiging tot aankoop, moet artikel 7, lid 4, sub a, dan aldus worden uitgelegd dat de handelaar ermee kan volstaan slechts een aantal van de voornaamste kenmerken van het product te vermelden en voor het overige te verwijzen naar zijn website, mits deze essentiële informatie bevat over de voornaamste kenmerken van het product, de prijs en andere voorwaarden, in overeenstemming met het vereiste van artikel 7, lid 4? Moet artikel 7, lid 4, sub c, aldus worden uitgelegd dat vermelding van een ,vanaf'-prijs volstaat om aan het vereiste ten aanzien van de prijs te voldoen?"

4.5.4 Bescherming van concurrenten? Mediaprint

In haar conclusie van 24 maart 2010 (betreffende voorliggende zaak C-540/08, Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag) stelt A-G Trstenjak inzake oneerlijke handelspraktijken het volgende aan de orde. Het betreft prejudiciële vragen over de uitlegging van de richtlijn, waarbij het in wezen om de vraag naar de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationale regeling die het aankondigen, aanbieden of verstrekken van geschenken bij kranten en tijdschriften alsook het aankondigen van geschenken bij andere goederen of diensten verbiedt zonder dat het misleidende karakter van deze handelspraktijk in het concrete geval hoeft te worden aangetoond. Blijkens de verwijzingsbeslissing gaat het in casu om een geding tussen twee concurrenten op de Oostenrijkse markt van dagbladen. Verweerster in het hoofdgeding heeft in haar dagblad de verkiezing van een „Voetballer van het jaar” aangekondigd. De vetgedrukte inleiding bij het artikel luidde: „Meedoen is lucratief: U wint een diner met de winnaar van de grote voetballerverkiezing”. Ter linkerzijde van het artikel bevond zich een „stemcoupon” met het opschrift „Uitknippen en inzenden”. Ter rechterzijde werd gewezen op de mogelijkheid om via internet te kiezen. De volgende negen dagen verschenen vergelijkbare artikelen. Wegens de beoogde volledige harmonisatie van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen en consumenten in de lidstaten van de Gemeenschap dient niet alleen de overeenstemming met het gemeenschapsrecht te worden onderzocht van de nieuwe bepalingen die de lidstaten in het kader van de omzetting van de

richtlijn hebben vastgesteld, maar ook van die bepalingen die – zoals § 9a, lid 1, UWG – weliswaar reeds vóór de vaststelling van de richtlijn bestonden, maar die naar de opvatting van de betrokken lidstaat niettemin een functie hebben in het kader van de omzetting. Gezien de beperkte vrijheid die in de regel voor de lidstaten bij de omzetting van een richtlijn resteert in het geval van een volledige harmonisatie, is de handhaving van dergelijke oudere bepalingen in juridisch opzicht niet steeds zonder problemen. Want hoewel deze uiteindelijk binnen de werkingssfeer van de betrokken richtlijn vallen, komen zij vaak niet overeen met de bepalingen van de richtlijn. Zoals blijkt uit de zaken VTB-VAB en Galatea alsmede uit de zaak Plus, was dit in België en Duitsland aan de orde bij de omzetting van richtlijn 2005/29. Inzake het begrip ‘handelspraktijken’ overweegt Trstenjak (nr. 41): ‘Zoals ik in mijn conclusie in de gevoegde zaken C-261/07 (VTB-VAB) en C-299/07 (Galatea) uitgebreid uiteen heb gezet en het Hof in het arrest in deze zaken heeft bevestigd, vormen gezamenlijke aanbiedingen commerciële handelingen die duidelijk deel uitmaken van het marketingbeleid van een ondernemer en rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering en de afzet. Zij vormen derhalve handelspraktijken in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29, zodat het verbod op gezamenlijke aanbiedingen van § 9a, lid 1, sub 1, UWG valt binnen de materiële werkingssfeer ervan.’ De richtlijn regelt in beginsel alleen de b2c (business-to-consumer) sector, dat wil zeggen de verhouding tussen handelaar en consument. Dit vloeit enerzijds voort uit artikel 3, lid 1, volgens welke deze richtlijn van toepassing is op oneerlijke handelspraktijken *van ondernemingen jegens consumenten* vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product. Deze band wordt in het bijzonder benadrukt in punt 8 van de considerans, volgens hetwelk de richtlijn *alleen de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze* beschermt tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. De veronderstelling dat de richtlijn om die reden de economische belangen van rechtmatig handelende concurrenten minder beschermenswaardig acht, lijkt Trstenjak evenwel niet juist, zoals betoogd in haar conclusie van 3 september 2009 in zaak C-304/08 (Plus) in verband met een desbetreffend argument van de Oostenrijkse regering. Zoals duidelijk blijkt uit punt 8 van de considerans, beschermt de richtlijn namelijk *ook onrechtstreeks rechtmatig handelende ondernemingen tegen concurrenten* die zich niet houden aan de regels van de richtlijn. Dit komt met name tot uitdrukking in artikel 11, lid 1, van de richtlijn, waaruit de verplichting voor de lidstaten voortvloeit om ook aan concurrenten de bevoegdheid te verlenen om in het geval van met de richtlijn strijdige gedragingen in rechte op te treden tegen oneerlijke handelspraktijken. Trstenjak acht van wezenlijk belang punt 6 van de considerans, waarin is vastgelegd dat richtlijn 2005/29 de wetgeving van de lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken harmoniseert die de economische belangen van de consumenten *rechtstreeks* en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten *onrechtstreeks* schaden. De richtlijn houdt derhalve rekening met het feit dat de belangen van consumenten en concurrenten niet steeds duidelijk van elkaar gescheiden kunnen worden, aangezien zij elkaar zeer vaak overlappen. Talrijke handelspraktijken van ondernemingen hebben zowel gevolgen voor de belangen van consumenten als voor de belangen van concurrenten. Zich bewust van deze nauwe samenhang heeft de gemeenschapswetgever besloten om het belang van de consumentenbescherming te dienen met een eigenlijk tot het mededingingsbeleid behorende regeling zoals richtlijn 2005/29 die is. Er bestaat volgens de A-G geen methodologische tegenstrijdigheid tussen de mededingingspolitieke oriëntatie van de richtlijn op de voorwaarden voor de werking van de interne markt en het op de typische belangen van de Europese consument georiënteerde normatieve beschermingsstreven. Zo kan bijvoorbeeld de in artikel 11, lid 1, van de richtlijn voorgeschreven verlening van procesbevoegdheid aan belanghebbende concurrenten, zodat zij stakingsvorderingen kunnen instellen tegen oneerlijk handelende concurrenten, wel degelijk bijdragen aan een goede consumentenbescherming. Niettemin maakt de richtlijn, om haar

werkingsfeer beter af te bakenen, een duidelijk onderscheid tussen enerzijds handelspraktijken die zowel consumenten als concurrenten schaden, en anderzijds handelspraktijken die de belangen van slechts één van deze groepen kunnen aantasten. Zo wordt in punt 8 van de considerans vermeld dat er uiteraard andere handelspraktijken zijn waardoor weliswaar niet de consumenten maar wel concurrenten en zakelijke klanten worden benadeeld. Deze tweede situatie valt, zoals het Hof heeft vastgesteld in het arrest van 14 januari 2010 in de zaak Plus, niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn, aangezien blijkens punt 6 van de considerans enkel nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die *alleen* de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren, van de werkingssfeer van deze richtlijn uitgesloten zijn. Zoals tevens blijkt uit de vergelijking van enkele taalversies van richtlijn 2005/29, heeft het woord „alleen” normaal gesproken de betekenis van exclusiviteit. Dienovereenkomstig wordt in punt 6 van de considerans opgemerkt dat, met volledige inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, de lidstaten de mogelijkheid behouden dergelijke praktijken aan banden te leggen overeenkomstig de communautaire wetgeving. Trstenjak is van mening dat het voorschrift van § 9a, lid 1, sub 1, UWG onder de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt. Het dient dus te worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen van de richtlijn. Haar conclusie is dan – na analyse van de toepasselijke nationale wetgeving als volgt: ‘De bepalingen van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken dienen aldus te worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als § 9a, lid 1, sub 1, UWG, die, afgezien van limitatief opgesomde uitzonderingen, het aankondigen, aanbieden of verstrekken van geschenken bij kranten en tijdschriften alsook het aankondigen van geschenken bij andere goederen of diensten verbiedt zonder dat het misleidende, agressieve of anderszins oneerlijke karakter van deze handelspraktijk in het concrete geval hoeft te worden aangetoond, ook indien deze regeling niet alleen ter bescherming van consumenten dient, maar eveneens ter bereiking van andere doeleinden die niet binnen het materiële toepassingsgebied van de richtlijn vallen, bijvoorbeeld de instandhouding van de pluriformiteit van de pers of de bescherming van zwakkere concurrenten. De aan de koop van een krant verbonden mogelijkheid om deel te nemen aan een prijsvraag is niet reeds een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 omdat deze deelnamemogelijkheid, tenminste voor een deel van de doelgroep, weliswaar niet de enige, maar wel de doorslaggevende reden vormt om de krant te kopen.’

5 Beknopte rechtsvergelijkende opmerkingen over de implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken

5.1 Implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, met name voor wat betreft financiële dienstverleners: een korte rechtsvergelijkende verkenning¹⁶⁷

Voor zover bekend hebben inmiddels 25 lidstaten de Europese Commissie gemeld welke implementatiemaatregelen ze ter zake hebben genomen.¹⁶⁸ Een aantal landen is in gebreke gesteld wegens te late implementatie van de richtlijn. Er zijn grote verschillen in die zin dat de meeste lidstaten enkel de minimaal benodigde voorzieningen hebben getroffen, en in hoofdzaak de tekst van de richtlijn hebben overgenomen in de eigen wetgeving, terwijl andere lidstaten (zoals Frankrijk) meer substantiële aanpassingen ook in andere wetten hebben ingevoerd. Dit was te verwachten: het uitgangspunt voor alle Europese economiën is natuurlijk de vrijheid van handel en mededinging, met inachtneming van het feit dat zowel mededinging als handel eerlijk dienen te zijn.¹⁶⁹ Dit wordt benadrukt door het feit dat reeds vóór de implementatie alle lidstaten regels kennen betreffende specifieke handelspraktijken (waarbij de verschillen tussen de lidstaten meer gradueel dan principieel zijn, aldus Van Dam & Budaite, t.a.p. p. 124). De verschillen waren desalniettemin groot, en zullen weerspiegeld worden in de implementatie van de richtlijn: hoe lossier het wettelijk kader, hoe meer nadruk zal komen te liggen op de handelsvrijheid; in andere gevallen zal eerlijke handel juist het uitgangspunt zijn. Daarbij spelen ook economische tradities een rol, die ook na implementatie zullen blijven bestaan.

Onderstaand wordt van de voor het Nederlandse financiële- en effectenrecht meest interessante landen (Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en België) een beknopt overzicht gegeven van de nieuwe regels, met bijzondere aandacht voor de financiële markten.

¹⁶⁷ Zie voor een overzicht van de vóór de richtlijnimplementatie bestaande situatie in de lidstaten het rapport: *Unfair commercial practices, An analysis of the existing national laws on unfair commercial practices between business and consumers in the new Member States*, Coordinated C.C. van Dam & E. Budaite, British Institute of International and Comparative Law, London, October 2005, alsmede *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, coordinated by Prof. Dr. Reiner Schulze and Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke.

¹⁶⁸ Handhaving van de richtlijn is kennelijk goed van start gegaan, zie het Commission staff working document guidance on the implementation/application of directive 2005/29/ec on unfair commercial practices van 3 December 2009 SEC(2009) 1666: 'National authorities have already applied the provisions of the Directive in this field. Thus, the Greek and Belgian authorities have already taken legal action against certain banks for providing misleading information on the risks inherent in certain financial products, namely Lehman Brothers' bonds. When determining whether such practices were misleading, the Greek authorities took into account the fact that the consumers targeted by the banks for the sale of these bonds were ordinary current account holders rather than professional investors familiar with these types of financial products. (...) Under the Directive, such practices could be considered misleading: information to consumers should not be false or deceptive particularly with regards to the benefits, expected results and the risks contained in a financial product or service. Further, the presentation and calculation of fees and charges should be clear (e.g. in relation to overdraft charges). Under the Directive, information, even if factually correct, should not be presented in a deceptive manner. Finally, the Directive sets out criteria to assess aggressive practices, including using onerous or disproportionate non-contractual barriers where consumers wish to terminate the contract or to switch to another trader. (...) The Commission services will collaborate with national authorities on the Directive's enforcement in the financial sector and may supplement the guidance in light of the additional cases and examples collected.'

¹⁶⁹ Zie Spanje zaak C-321/08, Luxemburg zaak C-282/08, Nederland zaak C-283/08, Verenigd Koninkrijk zaak C-284/08, Duitsland zaak C-326/08, Hongarije zaak C-270/08.

¹⁶⁹ Zie C. van Dam en E. Budaite, *The Statutory Frameworks and General Rules on unfair Commercial Practices in the 25 EU Member States on the Eve of Harmonization*, in: Chr. Twigg-Flesner, D. Parry, G. Howells en A. Nordhausen, *The Yearbook of Consumer Law 2008*, Aldershot: Ashgate 2008, p. 107-139.

Van de andere lidstaten wordt kort aangeduid op welke wijze implementatie heeft plaatsgevonden.

Het uitgangspunt daarbij is de:

Preambule bij de richtlijn oneerlijke handelspraktijken onder (9):

Met betrekking tot financiële diensten en onroerend goed moeten, gezien de complexiteit en de eraan verbonden ernstige risico's, uitgebreide eisen worden gesteld, waaronder positieve verplichtingen voor handelaren. Om die reden beperkt deze richtlijn op het gebied van financiële diensten en onroerend goed niet het recht van de lidstaten om verder te gaan dan de bepalingen van deze richtlijn, teneinde de economische belangen van de consumenten te beschermen.

En

Artikel 3 lid 9 richtlijn:

9. Wat „financiële diensten” in de zin van Richtlijn 2002/65/EG en onroerend goed betreft, mogen de lidstaten vereisten opleggen die voor het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn.

5.2 Implementatie van de richtlijn in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en België

5.2.1 Verenigd Koninkrijk

5.2.1.1 Algemeen

The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 Statutory Instrument (S.I.) 2008 No. 1277 Consumer Protection en de Trade descriptions S.I. 2008 No. 1276 The Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008 implementeren de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in het Verenigd Koninkrijk.

Enige kernbepalingen en -definities:

“consumer” means any individual who in relation to a commercial practice is acting for purposes which are outside his business;

“enforcement authority” means the OFT, every local weights and measures authority in Great Britain (within the meaning of section 69 of the Weights and Measures Act 1985(a)) and the Department of Enterprise, Trade and Investment in Northern Ireland;

Bij de beoordeling van het effect van een handelspraktijk op de gemiddelde consument geldt:

(4) In determining the effect of a commercial practice on the average consumer where the practice is directed to a particular group of consumers, a reference to the average consumer shall be read as referring to the average member of that group.

(5) In determining the effect of a commercial practice on the average consumer—

- (a) where a clearly identifiable group of consumers is particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity in a way which the trader could reasonably be expected to foresee, and
- (b) where the practice is likely to materially distort the economic behaviour only of that group,

a reference to the average consumer shall be read as referring to the average member of that group.

De handhaving van de nieuwe regels is opgenomen als volgt:

Duty to enforce

19.—(1) It shall be the duty of every enforcement authority to enforce these Regulations.

The Financial Services (Distance Marketing) Regulations 2004 worden aangepast aan de nieuwe regeling.

De achtergrond van de door de wetgever in het Verenigd Koninkrijk gemaakte keuze is kenbaar uit het:

Explanatory memorandum to the consumer protection from unfair trading regulations 2008 2008 no. 1277 the business protection from misleading marketing regulations 2008 2008 no.1276

The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (CPRs) introduce a general prohibition on traders in all sectors engaging in unfair commercial (mainly marketing and selling) practices against consumers. It will put in place a comprehensive framework for dealing with sharp practices and rogue traders who deliberately set out to exploit loopholes in existing legislation. 3.11 The CPRs repeal section 46 of the Consumer Credit Act 1974 which makes it an offence to give a false or misleading credit or hire advertisement. The offence as far as consumer hire could not be maintained consistently with maximum harmonisation. The Directive (article 3.9) provides member States with the option to impose more restrictive national provisions in relation to financial services which would include consumer credit. However the prohibition in this section in relation to both consumer hire and consumer credit is replicated by the CPRs.

(...)

3.12 Amendments are also made to sections 77, 78, 79, 85, 97, 103 and 107 to 110 of the 1974 Act. These sections oblige traders to give debtors or hirers under regulated consumer credit or hire agreements certain information on request. The information requirements amount to commercial practices because they directly relate to the supply of a product. As far as the provisions relating to consumer hire are concerned the existence of these information requirements would breach maximum harmonisation unless they are capable of falling outside the scope of the Directive by virtue of the contract law exclusion in article 3.2. However the existence of criminal sanctions in relation to the breach of these requirements would be incompatible with the contract law exclusion. Accordingly the amendments remove the

criminal sanctions relating to these provisions and also for consistency to the equivalent provisions relating to consumer credit.

(...)

Enforcement

7.7 The UCPD requires that there is adequate and effective means to combat unfair commercial practices. This has to include a procedure that allows court action to stop or prevent breaches of its prohibitions. This is achieved by adding the Directive and the CPRs to the Community infringements regime under Part 8 of the Enterprise Act 2002. In addition the Government has decided that a breach of most the prohibitions in the CPRs will be a criminal offence. The CPRs place a duty on the Office of Fair Trading (OFT), local authority Trading Standards Services and the Department of Enterprise, Trade and Investment in Northern Ireland (DETINI) to enforce the Regulations.

De ‘OFT Guidance 2008 on consumer protection from unfair trading (BERR, Department for business enterprise and regulatory reform) vermeldt geen gevolgen van de nieuwe regeling specifiek voorfinanciële dienstverlening:

‘The CPR applies to any goods or services, including not just simple items such as clothing but also including real estate and financial services, although these are not subject to the maximum harmonisation rule, i.e. they are allowed to be more tightly controlled at national level. BERR anticipates that only minimal changes will be needed to ensure current Financial Service Authority Guidance and the Banking Code achieve compliance. Broadly speaking, if consumers are treated fairly, then traders are likely to be complying with the CPRs. This means that fair-dealing businesses should not have to make major changes to their practices.’

Compliance met het vigerende toezichtrecht geschiedt aan de hand van (ondermeer) het FSA Handbook principles for businesses (www.fsahandbook.info). Schematisch weergegeven betreft dit:

The Principles

1 Integrity	A firm ¹⁷⁰ must conduct its business with integrity.
2 Skill, care and diligence	A firm must conduct its business with due skill, care and diligence.
3 Management and control	A firm must take reasonable care to organise and control its affairs responsibly and effectively, with adequate risk management systems.
4 Financial prudence	A firm must maintain adequate financial resources.
5 Market conduct	A firm must observe proper standards of market conduct.
6 Customers'	A firm must pay due regard to the interests of its customers

¹⁷⁰ Financiële instelling, als gedefinieerd in de toepasselijke wetgeving (in het onderhavige geval: (1) an authorised person, but not a professional firm unless it is an authorised professional firm).

interests	and treat them fairly.
7 Communications with clients	A firm must pay due regard to the information needs of its clients, and communicate information to them in a way which is clear, fair and not misleading.
8 Conflicts of interest	A firm must manage conflicts of interest fairly, both between itself and its customers and between a customer and another client.
9 Customers: relationships of trust	A firm must take reasonable care to ensure the suitability of its advice and discretionary decisions for any customer who is entitled to rely upon its judgment.
10 Clients' assets	A firm must arrange adequate protection for clients' assets when it is responsible for them.
11 Relations with regulators	A firm must deal with its regulators in an open and cooperative way, and must disclose to the FSA appropriately anything relating to the firm of which the FSA would reasonably expect notice.

Een nadere (overigens niet-bindende) uitwerking van deze beginselen is te vinden in het

Banking: conduct of business sourcebook instrument 2009 fsa 2009 24:

2.3.5 G When communicating information, a firm should consider whether omission of any relevant fact will result in information given to the banking customer being insufficient, unclear, unfair or misleading.

5.2.1.2 Financial service authority guidance

De FSA heeft tevens bevoegdheden op grond van de wettelijke regels inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (de implementatie van richtlijn 93/13/EEG in het Verenigd Koninkrijk):

The FSA service authority Guide explains the FSA's policy on how it will use its powers under the Unfair Terms Regulations (the Regulations).

Daartoe waren afspraken nodig met de overigens bevoegde autoriteit, het Office of Fair Trading:

We have agreed with the Office of Fair Trading ('OFT') that the FSA will consider the fairness (within the meaning of the Regulations) of financial services contracts for carrying on any regulated activity.

The OFT will consider the fairness of other financial services contracts which involve activities governed by the Consumer Credit Act 1974. This includes second-charge mortgage loans, buy-to-let mortgages, and non-mortgage personal loans (including credit cards). Also, where the firm concerned is not a firm or an appointed representative, the OFT may take

enforcement action under the Regulations in respect of financial services contracts involving the carrying on of regulated activities.

Voor het bankwezen is relevant de sinds 1 november 2009 geldende Banking Code 2008

On 1 November 2009 retail bank deposit taking in the UK will become regulated by the Financial Services Authority (FSA). Motivated in part by its responsibilities under the Payment Services Regulations (PSRs) - to be implemented on the same day - the FSA is introducing a Banking Conduct of Business Sourcebook (BCOBS) that will introduce principles-based regulation to personal and micro-enterprise deposit taking products and services.

The Banking and Business Banking Codes are voluntary codes setting standards for good banking practice for banks and building societies in the UK.

Deze gedragscode is eveneens van belang voor de inventarisatie van eerlijke handelspraktijken in het bankwezen in het Verenigd Koninkrijk, en richt zich direct tot de cliënt:

1 Introduction: What the Code covers

1.1 This is a voluntary code which sets standards of good banking practice for financial institutions to follow when they are dealing with personal customers in the United Kingdom. It provides valuable protection for you and explains how financial institutions are expected to deal with you day-to-day and whenever you have financial difficulties.

The Code applies to:

- current accounts, including basic bank accounts (section 3);
- savings and deposit accounts (sections 3 and 4), including cash ISAs and cash deposit Child Trust Funds;
- payment services, including foreign-exchange services (section 9);
- cards and PINs (section 10); and
- loans and overdrafts (section 13).

It does not cover mortgages, investments, insurance, Premium Bonds or currency accounts.

2 Fairness commitment

We promise we will treat you fairly and reasonably when providing you with products and services covered in this Code. We will keep this promise by meeting all of the key commitments shown below.

- We will make sure that our advertising and promotional literature is clear and not misleading and that you are given clear information about our products and services.
- We will give you clear information about accounts and services, how they work, their terms and conditions and the interest rates which may apply.
- We will help you use your account or service by sending you regular statements (where appropriate) and we will keep you informed about changes to the interest rates, charges or terms and conditions.
- We will help you to switch your current account between financial institutions that subscribe to this Code.
- We will lend responsibly.
- We will deal quickly and sympathetically with things that go wrong and consider all cases of financial difficulty sympathetically and positively.
- We will treat all your personal information as private and confidential, and provide secure and reliable banking and payment systems.

- We will publicise this Code, have copies available and make sure that our staff are trained to put it into practice.

5.2.1.3 Jurisprudentie

In de praktijk van het recht in het Verenigd Koninkrijk is – ondanks het bovenstaande – sprake van een meer diffuse situatie dan men zou denken als het gaat om de rechtsmiddelen van cliënten tegen banken.

Enkele voorbeelden:

In de zaak *Foley v Hill* (1848) 2 H.L.C. 28 werd de relatie tussen een bank en de cliënt gekarakteriseerd als een rechtsverhouding schuldenaar-schuldeiser, zodat diverse aanvullende verplichtingen konden worden aangenomen ‘bovenop’ de door partijen gemaakte afspraken: ‘*super-added obligations*’ by implied contract (zodat daarmee snelle remedies mogelijk waren in een periode waarin het contractenrecht in algemene zin nog onvoldoende ontwikkeld was). De samenhang in de rechtsverhouding tussen financiële dienstverlener en cliënt werd uitgewerkt in *Joachimson v Swiss Bank Corporation* [1921] 3 K.B. 110 in die zin dat de bankrelatie gekenmerkt werd als een *unitary contract containing a number of individual terms, rather than a central contract of debt connected with a number of separate independent contracts*. Hiermee werden enkele problemen opgelost, zoals het invoegen van de verantwoordelijkheid van de bankier voor het advies dat deze zou kunnen geven inzake beleggingen, en de mogelijkheid om andere aanvullende verplichtingen op te nemen voor de bankier. De daarmee mogelijk te behalen voordelen voor de cliënt zijn echter vervolgens minder verstrekkend gebleken dan men zou denken: in *Hedley-Byrne & Co. Ltd. v Heller and Partners Ltd.* [1961] 2 All E.R. 575 (decision in tort) werd ‘*highly satisfactory for the banks*’ (Chorley) aangenomen dat ‘if they are careful to give their references ‘without responsibility’ which is the normal practice, they are safe to all intents’ (met uitzondering van fraudulente handelen etc.). In deze zaak werd via de eigen bank een kredietadvies gevraagd aan de bank van de wederpartij; in de relatie tussen cliënt en bank werd de reguliere waarschuwing gezien als ‘no more than an ordinary honest appreciation of the customer’s position as seen in the light of his account.’ Voor een dergelijk beleggingsadvies wordt overwogen dat de grondslag voor aansprakelijkheid van de bank *prima facie* enkel gelegen kan zijn in onrechtmatige daad (tort), ‘quite apart from any duty arising from the banker-customer relationship.’ De doorsnee cliënt heeft te weinig kennis van deze materie, en ‘never understandingly entered into the contract’. Het opleggen van aanvullende verplichtingen op de bank is niet bezwaarlijk in dat opzicht: het betreft uitdrukkelijk zorgplichten van de bank, die niet samenhangen met plichten van de cliënt. Deze in de common law gebruikelijke constructies hebben tot doel ‘to imply such terms as to give the contract business efficacy’ (*The Moorcock L.R.* [1889] 14 P.D. 64). Dit maakt het proces van aanbod en aanvaarding simpeler, aangezien het mogelijk is dat ‘obligations arise as course of business obligations’: opgemerkt is ‘that acceptance is to offer what a lighted match is to a barrel of gunpowder, for it produces an entirely different situation.’ Een (voor cliënten in de UK nadelig) voorbeeld van deze niet zelden inderdaad explosieve situatie is te vinden in *The Office of Fair Trading (Respondents) v Abbey National plc & Others (Appellants)* [2009] UKSC 6, een zaak betreffende – kort gezegd – het feit dat het aanhouden van bankrekeningen bij de onderhavige bank gratis was, doch werd gefinancierd (‘cross-subsidy’) uit de vergoedingen die moesten worden betaald door cliënten die rood stonden. Deze vergoeding was gebaseerd op de algemene voorwaarden, die in deze zaak als ‘unfair’ werden aangevochten (zonder succes) door het OFT ten behoeve van de ‘roodstanders’. Interessant is de overweging van Lord Mance:

113. In my opinion, the identification of the price or remuneration for the purposes of article 4(2) and regulation 6(2) is a matter of objective interpretation for the court. The court should no doubt read and interpret the contract in the usual manner, that is having regard to the view which the hypothetical reasonable person would take of its nature and terms. But there is no basis for requiring it to do so by attempting to identify a "typical consumer" or by confining the focus to matters on which it might conjecture that he or she would be likely to focus. The consumer's protection under the Directive and Regulations is the requirement of transparency on which both insist. That being present, the consumer is to be assumed to be capable of reading the relevant terms and identifying whatever is objectively the price and remuneration under the contract into which he or she enters. A contract may of course require ancillary payments to be made which are not part of the price or remuneration for goods or services to be supplied under its terms. The First National Bank and Bairstow Eves cases illustrate the distinction by reference to default terms.

Hiermee is het (Britse) financiële recht nog ver verwijderd van wat Grundmann (S. Grundmann) heeft gedefinieerd als de verplichting voor een financiële dienstverlener om te handelen 'honestly, fairly, in accordance with the best interests of its clients'.¹⁷¹

5.3 Duitsland

De Duitse implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (alsmede aanpassing inzake e-commerce, richtlijn 2002/58/EG zoals aangepast bij richtlijn 2009/136/EG) is gerealiseerd in een wijziging van de mededingingswet: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Bekanntmachung der Neufassung vom 3. März 2010 *BGBI. Teil I/2010, Nr. 11 vom 17.3.2010, S. 254 ff.*

Het doel van de regeling wordt als volgt omschreven:

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Het kernbegrip van de regeling wordt ruim omschreven in §2 1 (1): "*geschäftliche Handlung*" jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen;

Van de (nieuwe) definities zijn hier voorts van belang:

§ 2 I onder nr. 5: "*Verhaltenskodex*" Vereinbarungen oder Vorschriften über das Verhalten von Unternehmern, zu welchem diese sich in Bezug auf Wirtschaftszweige oder einzelne geschäftliche Handlungen verpflichtet haben, ohne dass sich solche Verpflichtungen aus Gesetzes- oder Verwaltungsvorschriften ergeben.

¹⁷¹ S. Grundmann & D. Mazeaud, General clauses and standards in European contract law, Deventer: Kluwer Law International, 2006, op p. 149 (gebaseerd op Mifid).

En

nr. 7 "*fachliche Sorgfalt*" der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Marktgepflogenheiten einhält.

Het begrip 'consument' is gekoppeld aan de definitie daarvan in het BGB:

(2) Für den Verbraucherbegriff gilt § 13 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.¹⁷²

De rechtsgevolgen van handelen in strijd met deze regels zijn met name geregeld in Hoofdstuk II van de wet, waarin de zogenoemde Unterlassungsanspruch und der Beseitigungsanspruch een belangrijke plaats inneemt. Zie § 8 (1): Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht.

Bevoegd tot het instellen van acties zijn

§ 8 (3) Die Ansprüche aus Absatz 1 stehen zu:

1. jedem Mitbewerber;
2. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt;
3. qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 4 der *Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51)* eingetragen sind;
4. den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

Geschillenbeslechting wordt geregeld in § 15: (1) Die Landesregierungen errichten bei Industrie- und Handelskammern Einigungsstellen zur Beilegung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen ein Anspruch auf Grund dieses Gesetzes geltend gemacht wird (Einigungsstellen).

Voor wat betreft financiële dienstverlening is in het voorontwerp van de regeling (het Gesetzentwurf der Bundesregierung Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb)¹⁷³ opgemerkt:

¹⁷² Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

‘Außerdem dürfen die Mitgliedstaaten nach Artikel 3 Abs. 9 der Richtlinie im Zusammenhang mit „Finanzdienstleistungen“ im Sinne der bereits erwähnten Richtlinie 2002/65/EG und im Zusammenhang mit Immobilien restriktivere und strengere Anforderungen an geschäftliche Handlungen stellen.

Im Ergebnis wirken sich diese Übergangsregelungen auf die Umsetzung der Richtlinie nicht aus, weil es im deutschen Recht keine Vorschriften gibt, welche die umzusetzende Richtlinie berühren, über die Mindeststandards der von der Europäischen Kommission mitgeteilten Richtlinien hinausgehen und die restriktiver oder strenger sind als die umzusetzende Richtlinie.’

Meer specifiek is overwogen dat het ruime toepassingsbereik van de richtlijnimplementatie geen bezwaar vormt voor andere regelingen:

‘Absatz 4 des § 5a UWG-E ist nicht auf Waren- und Dienstleistungsangebote im Sinne des Absatzes 3 dieser Vorschrift beschränkt, sondern gilt für alle geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern. Darüber hinaus werden Verstöße gegen marktverhaltensregelnde gesetzliche Informationspflichten – wie schon bisher – auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs nach § 4 Nr. 11 UWG zu würdigen sein. Soweit es dadurch zu Überschneidungen der Anwendungsbereiche kommt, ist dies unschädlich und kann deshalb in Kauf genommen werden.’

In dat verband wordt ondermeer verwezen naar:

‘- die in Artikel 3 und 4 der im Allgemeinen Teil der Begründung unter A. IV. 3. d bereits näher bezeichneten Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher enthaltenen Anforderungen an die Unterrichtung des Verbrauchers vor Abschluss eines solchen Fernabsatzvertrags. Die Umsetzung ist in § 312c Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 1 BGB-InfoV erfolgt;

- die Informationspflichten gegenüber den Anlegern nach Artikel 1 Nr. 9 der Richtlinie 2001/107/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Januar 2002 zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) zwecks Festlegung von Bestimmungen für Verwaltungsgesellschaften und vereinfachte Prospekte, ABl. EG Nr. L 41 S. 20. Diese Richtlinienvorgabe ist in § 42 des Investmentgesetzes (InvG) umgesetzt worden;

- gemeinschaftsrechtliche Vorgaben aus Artikel 19 der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. EG Nr. L 145 S. 1. Die Umsetzung ist in den §§ 34 und 34a des Wertpapierhandelsgesetzes erfolgt.

5.4 Frankrijk

JORF n°0003 du 4 janvier 2008 LOI n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (1) wijzigt (ondermeer) en vult aan de Code de

¹⁷³ Bundesministerium der Justiz Dokument: jac0081 Änderung Gesetz unlaut Wettbewerb GEntwurf.doc Stand: 07.05.2008, 14:45 Uhr, BMJ-0-15-9.

Commerce (Dispositions relatives à la modernisation des relations commerciales) en diverse bepalingen van de Code de la Consommation en aanverwante wetten ter implementatie van de richtlijn, ook in verband met ondermeer e-commerce (Code des postes et des communications électroniques) en productveiligheid. De wet (de Loi Chatel) heeft een ruime doelstelling¹⁷⁴ en beoogt de mededingingsregels te moderniseren ten voordele van consumenten, naast de implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Chapitre II bevat een nieuwe geschillenregeling voor het bankwezen: Mesures relatives au secteur bancaire, Article 23 · La première phrase du premier alinéa du I de l'article L. 312-1-3 du code monétaire et financier est ainsi rédigée :

· « Tout établissement de crédit désigne un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges avec des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, relatifs aux services fournis et à l'exécution de contrats conclus dans le cadre du présent titre et du titre II du présent livre et relatives aux produits mentionnés aux titres Ier et II du livre II. »

Handhavings- en onderzoeksbevoegdheden inzake de nieuwe regels zijn opgenomen in Article 37: · La section 1 du chapitre VIII du titre Ier du livre II du code de la consommation est ainsi modifiée :

· 1° L'intitulé de la sous-section 1 est ainsi rédigé : « Pouvoirs d'enquête » ;

· 2° Après l'article L. 218-1, il est inséré un article L. 218-1-1 ainsi rédigé:

· « Art.L. 218-1-1.-Les agents mentionnés à l'article L. 215-1 sont habilités à procéder au contrôle de l'application des règlements mentionnés à l'article L. 215-2, dans les conditions prévues à cet article ; ils disposent à cet effet des pouvoirs d'enquête mentionnés à l'article L. 218-1. »

De overheid dient zorg te dragen voor effectuering van het toezicht (artikel 36).

5.5 België

België heeft implementatie geregeld in de wet van 6 APRIL 2010. — Wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming BELGISCH STAATSBLAD — 12.04.2010 20803. Deze wet vervangt de oude wet handelspraktijken. Het begrip 'consument' wordt gedefinieerd in artikel 2: 3° *consument* : iedere natuurlijke persoon die, uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte producten verwerft of gebruikt.

¹⁷⁴ Zie www.net-iris.fr geraadpleegd 3 augustus 2010: Renforcement de la concurrence au bénéfice des consommateurs : loi Chatel: La loi (n°2008-3) du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs tend à renforcer l'information et la protection des consommateurs, mais aussi à sanctionner voire interdire de nouvelles pratiques, notamment dans le domaine des communications électroniques et de la téléphonie, était très attendu. La loi modifie le cadre des relations commerciales entre les fournisseurs et les distributeurs, en réformant le système de calcul du seuil de revente à perte, afin que puissent être intégrés aux prix, tous les avantages financiers consentis à l'acheteur par le fournisseur, de manière à renforcer la concurrence. La loi garantit désormais la gratuité des temps d'attente des out-line et services après-vente, mais aussi facilite les conditions de sortie des contrats, élargit la possibilité pour les consommateurs de recourir à la médiation, et rend plus transparent les frais bancaires et l'information des clients des établissements de crédit. Elle transpose également dans le Code de la consommation la directive (n°2005/29/CE) du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises, transposition qui aurait dû intervenir avant le 12 juin 2007.

Een aantal bepalingen is aangepast of toegevoegd, zoals de definitie in artikel 2 onder nummer 35° *besluit over een transactie* : elk door een consument genomen besluit over de vraag of, en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met het product, ongeacht of de consument wel of niet tot handelen overgaat.

Verder bevat de wet ondermeer de volgende definities

29° *handelspraktijk* : iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een onderneming, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product

30° *het economische gedrag van consumenten wezenlijk verstoren*: een handelspraktijk gebruiken om het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar te beperken, waardoor de consument tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten;

31° *gedragscode* : een overeenkomst of een aantal niet bij wettelijke, reglementaire of bestuursrechtelijke bepalingen voorgeschreven regels waarin wordt vastgesteld hoe ondernemingen die zich aan de code binden, zich moeten gedragen met betrekking tot een of meer handelspraktijken of bedrijfssectoren;

32° *professionele toewijding* : het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een onderneming in haar activiteitsdomein ten aanzien van de consument mag worden verwacht, overeenkomstig de eerlijke handelsgebruiken; en wordt de nieuwe mogelijkheid geïntroduceerd van het (artikel 2 36°) collectief consumentenakkoord (vergelijk onze bepaling inzake de tot op heden nog nimmer gebruikte standaardregeling in artikel 6:214BW) : een akkoord dat afgesloten wordt binnen de Raad voor het Verbruik tussen de consumentenorganisaties en de beroepsorganisaties, en die de relaties regelt tussen ondernemingen en consumenten wat betreft goederen of diensten of categorieën van goederen of diensten. Deze mogelijkheid is uitgewerkt in Hoofdstuk 5 van de wet (artikel 104-109).

Inzakefinanciële dienstverlening is van belang:

Art. 3. § 1. Deze wet is niet van toepassing op effecten en andere financiële instrumenten bedoeld in de wetgeving betreffende de financiële transacties en de financiële markten. *Overeenkomsten op afstand met betrekking tot financiële diensten* zijn geregeld in artikel 49-55 van de wet. Voor *oneerlijke bedingen* is er de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen, die in tal van zaken geraadpleegd dient te worden. Oneerlijke handelspraktijken zijn geregeld in hoofdstuk 4 van de wet (artikel 83-103).

Art. 4 van de wet regelt informatieverplichtingen. Ten laatste op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst moet de onderneming te goeder trouw aan de consument de behoorlijke en nuttige informatie geven betreffende de belangrijkste kenmerken van het product en betreffende de verkoopvoorwaarden, rekening houdend met de door de consument uitgedrukte behoefte aan informatie en rekening houdend met het door de consument meegedeelde of redelijkerwijze voorzienbare gebruik.

Handhavings- en actiebevoegdheden zijn geregeld in artikel 113 e.v. van de wet.¹⁷⁵

¹⁷⁵ **Art. 113.** De vordering gegrond op artikel 2 van de wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming wordt ingesteld op verzoek van :
1° de belanghebbenden;

5.6 Overige lidstaten¹⁷⁶

In Zweden ligt voor Regeringens proposition 2007/08:115. De regeling kent ter zake een aantal handhavingsbevoegdheden toe aan de Konsumentombudsmannen in de artikelen 28 en 43. De geldende financiële wetgeving wordt enigszins aangepast door 2.13 Förslag till lag om ändring i lagen (1996:1006) om anmälningsplikt avseende viss finansiell verksamhet (5 § Marknadsföring ska stämma överens med god marknadsföringssed) inzake financiële transacties.

In Spanje geldt nu *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*. BOE 31 december 2009 nr. 315 wijzigt la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. In de preambule wordt aandacht besteed aan de doelstelling van de richtlijn inzake het voorkómen van verstoring van economisch gedrag van consumenten door oneerlijke handelspraktijken: ‘La cláusula general (van de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, JGJR) se modifica para aclarar que, en las relaciones de los empresarios o profesionales con los consumidores, la deslealtad de una conducta vendrá determinada por la concurrencia de dos elementos: que el comportamiento del empresario o profesional resulte contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores, y que éste sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del

2° de Minister of de directeur-generaal van de algemene directie Controle en Bemiddeling van de federale overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie, tenzij het verzoek betrekking heeft op een daad als bedoeld in artikel 95;

3° een beroeps- of interprofessionele vereniging met rechtspersoonlijkheid;

4° een vereniging ter verdediging van de consumentenbelangen die rechtspersoonlijkheid bezit en voor zover zij in de Raad voor het Verbruik vertegenwoordigd is of door de minister, volgens door een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit vast te stellen criteria, erkend is, tenzij het verzoek betrekking heeft op een daad als bedoeld in artikel 95. In afwijking van de bepalingen in de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek kunnen de verenigingen bedoeld in het eerste lid, 3° en 4°, in rechte optreden voor de verdediging van hun statutair omschreven collectieve belangen. De vordering tot staking van de door artikel 75 verboden handelingen kan, afzonderlijk of gezamenlijk, worden ingesteld tegen verscheidene ondernemingen van dezelfde economische sector of hun verenigingen die gebruik maken dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of van soortgelijke algemene contractuele bedingen. Voor de daden die bedoeld worden in artikel 87 kan de vordering, gegrond op artikel 2 van de wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, eveneens worden ingesteld door de minister die voor de betrokken aangelegenheid bevoegd is.

Art. 114. De vordering op grond van artikel 3 van de wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming wordt ingesteld op verzoek van de personen die een vordering inzake namaak kunnen instellen volgens de wet betreffende het betrokken intellectueel eigendomsrecht.

Art. 115. Onverminderd de eventuele toepassing van artikel 95 en van artikel 2 van de wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming op de daarin bedoelde daden kan de vordering wegens schending van artikel 4 van de wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming enkel worden ingesteld op verzoek van de minister die voor de betrokken aangelegenheid bevoegd is. De vordering op grond van artikel 4, 9°, van de wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming wordt ingesteld op verzoek van de Minister van Leefmilieu. Het Comité dat is opgericht bij de wet van 14 juli 1994 inzake de oprichting van het Comité voor het toekennen van het Europese milieukeurmerk kan aan de minister voorstellen een dergelijke vordering aanhangig te maken.

¹⁷⁶ Zie voor het perspectief op de implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in de ‘nieuwe’ lidstaten uit centraal en oost-Europa Engelbrekt, a.w.

consumidor medio (entendiendo por tal el consumidor o usuario medio) o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica.’ Ook het begrip ‘doorsnee-consument’ is overgenomen met de vermelding dat het niet noodzakelijk is om dit te definiëren aangezien de rechten dit in de concrete omstandigheden van het geval kunnen invullen: ‘El concepto de «consumidor medio» ha sido acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no en términos estadísticos, sino como la reacción típica del consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. En consecuencia, no es un término que la ley haya de definir, sino que han de ser los tribunales los que van a efectuar su concreción en cada caso concreto.’ Er word een ruime actiebevoegdheid toegekend aan diverse personen en organisaties, waaronder toezichhouders en het ministerie van financiën.¹⁷⁷ In Slovenië is de richtlijn vrijwel letterlijk overgenomen in 15.6.2007 nr 53 UKAZ o razglasitvi Zakona o varstvu potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami (ZVPNPP). Handhavingsbevoegdheid is toegekend aan de Inspectie (artikel 12) en andere organisaties.¹⁷⁸ In Slowakije geldt Zbierka zákonov č. 250/2007 o ochrane spotrebiteľa a o zmene zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov. Handhavers zowel civiel als bestuursrechtelijk zijn onder meer het bevoegde ministerie en consumentenorganisaties.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Artículo 33. *Legitimación activa.*

1. Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª Frente a la publicidad ilícita está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo. La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal podrá ejercitarse, igualmente, por los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

2. Las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, podrán ejercitarse además por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

3. Ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios:

- El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.
- Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.
- Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

4. El Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

¹⁷⁸ 12. Člen (upravni nadzor)

(1) Za inšpekcijski nadzor nad izvajanjem tega zakona so pristojni Tržni inšpektorat Republike Slovenije in drugi inšpekcijski organi v skladu s svojimi pristojnostmi.

(2) Če tržni inšpektorat ali drug pristojni inšpekcijski organ ugotovi, da podjetje uporablja nepošteno poslovno prakso ali je tik pred tem, da jo uporabi, podjetju z odločbo prepove uporabo take prakse, če presodi, da bi lahko povzročila oškodovanje potrošnikov ne glede na obliko krivde podjetja.

¹⁷⁹ Orgány verejnej správy § 19 (1) Orgánmi verejnej správy vo veciach ochrany spotrebiteľa sú:

- ministerstvo,
- orgány dozoru,
- obce.

(2) Ministerstvo vo veciach ochrany spotrebiteľa

- riadi výkon štátnej správy,
- vypracúva a predkladá vláde Slovenskej republiky návrh koncepcie štátnej spotrebiteľskej politiky,

In Roemenië is de implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken neergelegd in de Lege privind combaterea practicilor incorecte ale comerciantilor în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor (Monitarul Oficial al României anul 175 (XIX) – Nr. 899, p. 2-12 Nr. 363. De handhaving van de nieuwe regeling is opgedragen (artikel 10) aan de Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor. De onderdelen van de annex bij de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (richtlijn 93/13) zijn uitgesloten bij financiële transacties anders dan financiële diensten, bij koersgerelateerde producten en bij deviezentransacties.

In Portugal geldt *Diário da República, 1.ª série — N.º 60 — 26 de Março de 2008* 1747 Ministério da economia e da inovação, Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de Março. De implementatie laat onverlet bestaande regelingen op het gebied van de bescherming van consumenten op financieel gebied: Artigo 2.º 3 — O regime do presente decreto -lei não prejudica a aplicação de regimes mais exigentes relativos à protecção da saúde e da segurança dos bens ou serviços, aos services financeiros ou a bens imóveis. De actiebevoegdheid is geregeld in Artigo 16.º Direito de acção: Qualquer pessoa, incluindo os concorrentes que tenham interesse legítimo em oporse a práticas comerciais desleais proibidas nos termos do presente decreto -lei, pode intentar a acção inibitória prevista na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas. Het toezicht is geregeld in Artigo 19.º Autoridades administrativas competentes: handhaving geschiedt door de Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) en door sectorale toezichthouders.¹⁸⁰ Op financieel terrein zijn de bestaande toezichthouders bevoegd tot

c) je notifikačným orgánom systému pre rýchlu výmenu informácií s orgánmi Európskej únie v situácii vážneho a bezprostredného rizika pre bezpečnosť a ochranu zdravia spotrebiteľov vyplývajúceho z epotravinárskych výrobkov,

d) informuje príslušné orgány členských štátov o sťažnostiach na porušenie právnych aktov Európskych spoločenstiev v oblasti ochrany spotrebiteľa,²³⁾

e) informuje spotrebiteľov o ich právach a povinnostiach,

f) vedie a pravidelne aktualizuje informácie o

1. programoch na dohľad na základe kategórií výrobkov alebo rizík,
2. vedeckých a technických poznatkoch týkajúcich sa bezpečnosti výrobkov,
3. kontrolách a fungovaní kontrolných aktivít,

g) plní úlohy jednotného úradu pre spoluprácu podľa osobitného predpisu,²⁴⁾

h) informuje Komisiu Európskych spoločenstiev (ďalej len „Komisia“) o

1. orgánoch, ktoré sú zodpovedné za vykonávanie právnych aktov Európskych spoločenstiev a dozoru na vnútornom trhu,
2. združeníach oprávnených na podanie žaloby v oblasti ochrany práv spotrebiteľov,
3. prijatí všeobecne záväzných právnych predpisov

a opatrení v oblasti ochrany spotrebiteľa; ak sa opatrenie týka nebezpečnej napodobeniny, informácia obsahuje opis príslušného výrobku a dôvody rozhodnutia,

- i) riadi a kontroluje Slovenskú obchodnú inšpekciu.
- ii) § 20
- iii) Orgány dozoru
- iv) (1) Dozor nad dodržiavaním povinností ustanovených
- v) týmto zákonom vykonávajú orgány dozoru. Ak nemožno
- vi) pôsobnosť orgánu dozoru určiť, je na výkon dozoru
- vii) a kontroly príslušná Slovenská obchodná
- viii) inšpekcia.

¹⁸⁰ Artigo 19.º Autoridades administrativas competentes

1 — A autoridade administrativa competente para ordenar as medidas previstas no artigo seguinte é a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) ou a entidade reguladora do sector no qual ocorra a prática comercial desleal.

2 — O Banco de Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e o Instituto de Seguros de Portugal são considerados autoridades administrativas competentes para a aplicação do disposto neste artigo às práticas comerciais desleais que ocorram no âmbito dos respectivos sectores financeiros.

handhaving (artikel 19, tweede lid). Op het terrein van de misleidende reclame kan de Direccão -Geral do Consumidor (DGC) de ASAE om ingrijpen verzoeken (artikel 19, derde lid).

De Poolse implementatie is geregeld in Ustawa 1206 z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu niuczciwym praktykom rybkowym. De tekst van de richtlijn is geheel overgenomen. Privaatrechtelijke handhaving is geregeld in artikel 12 van de wet (odpowiedzialnośćcywilna), met strafbepalingen in art. 15-17 (przepisy karne), inclusief een mogelijke groepsactie (artikel 16).

In Malta is (onder meer) de Consumers Affairs Act gewijzigd bij ACT No. II of 2008. Er worden ruime handhavingsbevoegdheden toegekend aan overheidsinstanties en andere personen en organisaties.¹⁸¹

Letland kent een regeling in de Negodīgās komercprakses aizlieguma likums (*vēl nav spēkā Publicēts: Vēstnesis 199 12.12.2007*). Handhaving is geregeld in hoofdstuk V (nodaļa. Uzraudzība, artikel 14-17); artikel 10 past de vigerende regeling inzake koop op afstand van financiële diensten aan (distances finanšu pakalpojumu līgumu).

Het Luxemburgse Memorial (Journal Officiel) implementeert de richtlijn in A — N° 88 30 avril 2009 (Pratiques commerciales deloyales). Sancties en toezicht zijn geregeld in artikel 10, zowel voor reguliere toezichthouders als voor de toezichthouder op de financiële sector: ‘**Art. 10.** (1) Le magistrat président la Chambre du tribunal d’arrondissement siégeant en matière commerciale à la requête de toute personne, d’un groupement professionnel, des organisations visées par la loi modifiée du 19 décembre 2003 fixant les conditions d’agrément des organisations habilitées à intenter des actions en cessation, du Ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions, de la Commission de surveillance du secteur financier ou du Commissariat aux Assurances, peut ordonner la cessation des actes contraires aux articles 1 à 9 et à l’article 11 du présent titre même en l’absence de preuve d’une perte ou d’un préjudice réel ou d’une intention ou d’une négligence de la part de l’annonceur.’

Italië heeft de richtlijn geïmplementeerd bij DECRETO LEGISLATIVO 2 Agosto 2007, n. 146 Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004. (GU n. 207 del 6-9-2007). In verband met Verordening 2006/2004/CE is bevoegd L’Autorità garante della concorrenza e del mercato.’ Artikel 3 wijzigt artikel 14 van de geldende regeling inzake koop op afstand van financiële diensten (decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 190) in overeenstemming met de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (artikel 15 lid 2 richtlijn).

Ierland regelt implementatie in de Consumer Protection Act 2007 (staatsblad nummer 19 van 2007). De belangrijkste handhaver is het (nieuwe) National Consumer Agency. ‘Naming and shaming’ is geregeld in artikel 86 (*Publication of Trader Names (Consumer Protection List)*). Op financieel gebied wordt het bestaande toezicht uitgebreid met ‘dubbele’ handhaving op

3 — Tratando -se de uma prática comercial desleal em matéria de publicidade, a autoridade administrativa competente para aplicar as medidas previstas no artigo seguinte é a Direccão -Geral do Consumidor (DGC), que pode solicitar a intervenção da ASAE para a efectiva execução da sua acção.

4 — As autoridades e serviços competentes têm o dever de cooperar com as autoridades administrativas referidas nos números anteriores em tudo o que for necessário para o desempenho das funções resultantes da aplicação do presente decreto -lei.

5 — Os profissionais devem prestar às autoridades administrativas competentes toda a cooperação necessária ao desempenho das suas funções.

¹⁸¹ 51I. The provisions of this Title shall be without prejudice to (...) (e) any requirement imposed by any other law, in the field of financial services and immovable property, which is more restrictive or prescriptive than the requirements imposed by the provisions of this Title.

grond van de nieuwe wet (artikel 94, wijziging Central Bank Act 1942):¹⁸² (3A) The functions of the Agency specified in subsection (3B) are, in so far as they relate to a financial service provided by a regulated financial service provider, also functions of the Bank and subsections (3C) to (3F) have effect for the purposes of this subsection.’

Hongarije implementeert de richtlijn uitvoerig in 2008 évi XLVII törvény a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról met een aparte regeling voor misleidende reclame in 2008 évi XLVIII törvény a gazdasági reklámtevékenység alapvető feltételeiről és egyes korlátairól, MAGYARKÖZLÖNY 2008/95. Szám, p. 5782 en volgende. Een belangrijke rol bij het toezicht bestaat voor de mededingingsautoriteit (Gaedasági Versenyhivatal, artikel 25). Op financieel gebied is tevens bevoegd de Hongaarse centrale bank (Magyar Nemzeti Bank, artikel 24).

Griekenland heeft gewijzigd en aangevuld de Wet 2251/1994 inzake consumentenbescherming bij Staatsblad Ap. Φύλλου 152 van 10 juli 2007. Het toezicht berust bij de overheidsinstanties (artikel 7, Υπουργός Ανάπτυξης). In artikel 12 lid 2 wordt de handhavingsbevoegdheid van de centrale bank (Εθνική Τράπεζα) geregeld, naast de reguliere toezichthouders en andere bevoegde instanties en personen.

Estland heeft de wetgeving aangepast in 2007: TARBIJAKAITSESEADUSE JA VÕLAÕIGUSSEADUSE MUUTMISE SEADUS Vastu võetud 11. oktoobril 2007. Het toezicht berust in hoofdzaak bij de inspectie (Tarbijakaitseameti peadirektor).¹⁸³

De Deense implementatie is geschied bij BEK nr 1085 af 14/09/2007 Gældende Offentliggørelsesdato: 25-09-2007 (Ministeriet for Familie- og Forbrugeranliggender): Bekendtgørelse om urimelig markedsføring i forbrugerforhold. De regeling heeft een ruim toepassingsbereik, maar laat bestaande (strikttere) financiële regels ter bescherming van de consument tegen oneerlijke handelspraktijken onverlet (§ 1. Denne bekendtgørelse finder anvendelse på privat erhvervsvirksomhed samt på offentlig virksomhed i det omfang, der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet. *Stk. 2.* Bekendtgørelsen finder dog ikke anvendelse på finansielle virksomheder i det omfang økonomi- og erhvervsministeren har udstedt regler på det pågældende område).

Tsjechië implementeert de richtlijn in 36 Zákon ze dne 17. Ledna 2008 (Sbirka zákonů Č.36/2008 č ástka 11 (p. 543 e.v.). Toezicht berust voornamelijk bij de inspectie (Inspektor Česká obchodné inspekce). De wet kent forse straf- en boetebepalingen (par. 24 e.v., Správní delikty).

Cyprus heeft in 2007 wetgeving aangenomen ter controle van misleidende en vergelijkende reclame en inzake oneerlijke handelspraktijken (No. 103 (1)/2007).

In Bulgarije wordt de richtlijn geïmplementeerd in ЗАКОН ЗА ЗАЩИТА НА ПОТРЕБИТЕЛИТЕ, die de bestaande consumentenwetgeving aanpast.

Oostenrijk heeft bij Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 13 November 2007 aangenomen een wijziging van de mededingingswet: 79. Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 - UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007). De algemene norm is overgenomen uit de richtlijn: Unlautere Geschäftspraktiken: § 1. (1) Wer im geschäftlichen Verkehr

¹⁸² **94.**—(1) In this section “Act of 1942” means the Central Bank Act 1942, as amended by, amongst other enactments, the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2003 and the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004.

¹⁸³ § 48. Menetlus

(1) Käesoleva seaduse §-des 45–471 sätestatud väärtegadele kohaldatakse karistusseadustiku üldosa ja väärtemenetluse seadustiku sätteid.

(2) Käesoleva seaduse §-des 45–47 sätestatud väärtegade kohtuväline menetleja on:

1) Tarbijakaitseamet;
2) Tervisekaitseinspeksioon;
3) valla- või linnavalitsus.

1. eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, oder
 2. eine unlautere Geschäftspraktik anwendet, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich zu beeinflussen, kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.
- (2) Wendet sich eine Geschäftspraktik an eine Gruppe von Verbrauchern, so ist Durchschnittsverbraucher das durchschnittliche Mitglied dieser Gruppe. Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern, die voraussichtlich in einer für den Unternehmer vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die auf Grund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese Praktiken oder die ihnen zugrundeliegenden Produkte besonders schutzbedürftig sind, sind aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen.

5.7 Balans

Dit beknopte overzicht van de implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken laat zien dat nog niet alle lidstaten aan hun verplichtingen hebben voldaan. Daarnaast wordt duidelijk dat de implementatie op zeer uiteenlopende wijze is geschied. Gezien de achtergrond van de richtlijn (zoals ook kenbaar uit de reeds besproken rechtspraak van het Hof van Justitie EU) staat, zo lijkt het, de ontwikkeling van een werkelijk geharmoniseerd recht ter zake nog in de kinderschoenen. De mogelijkheid voor nationale wetgevers om ook op andere terreinen regels te stellen (B2B, financiële diensten) zijn nog weinig tot niet benut. Bij de toepassing van de richtlijn in de praktijk zullen de grenzen moeten worden opgezocht van hetgeen goede marktwerking en eerlijke handel eisen, zowel voor B2C als voor B2B transacties. In financiële aangelegenheden dienen verdere ontwikkelingen te worden afgewacht. Gezien het vrij verkeer-beginsel moet met voortvarendheid beleid (en regelgeving) worden ontwikkeld die de kaders stellen voor eerlijke handelspraktijken, zowel bestuurs- als privaatrechtelijk.

6 Oneerlijke handelspraktijken op het terrein van het financiële recht: zorgplichten¹⁸⁴

6.1 Inleiding

Het toezicht op de financiële markten is door de invoering van de Wet op het financieel toezicht (Wft/Wfd) ‘gekanteld’: de markten worden niet meer branchegericht, maar productgericht benaderd bij de uitoefening van het prudentieel (DNB) en gedragstoezicht (AFM). Het inzicht dat de bestaande instrumenten niet toereikend waren gezien de veranderingen op de markt heeft aldus geleid tot functioneel toezicht. Informatie- en zorgplichten nemen daarbij een belangrijke plaats in, evenals transparantie. De toepassing van de desbetreffende regels roept tal van vragen op, zoals de vraag wat de gevolgen zijn voor de vergunninghouder Wft van schending van deze plichten, en de vraag op welke wijze een dergelijke schending ‘doorwerkt’ in de rechtsverhouding tussen financiële dienstverlener en cliënt/consument.

Met deze vragen bevinden we ons op boeiend terrein, namelijk dat van de zorgplichten. Zorgplichten krijgen uitvoerig aandacht in de dissertatie van Tjong Tjin Tai¹⁸⁵ en zijn een bekend verschijnsel in het recht.¹⁸⁶ De in het financiële recht vaak voorkomende figuur van de samenhangende rechtsverhoudingen zijn daarbij evenzeer onderkend als een belangrijk juridisch-dogmatisch fenomeen.¹⁸⁷ Een belangrijk punt bij de invulling van zorgplichten (ook in complexe juridische verhoudingen) is de mogelijk onevenwichtige verdeling van deskundigheid tussen partijen. Zo dient een financiële dienstverlener aan tal van vakbekwaamheidseisen te voldoen, en moet deze instaan voor een uitvoerige catalogus aan informatie- en zorgplichten ten opzichte van voortdurend wijzigende (potentiële) doelgroepen en cliënten. De precieze juridische gevolgen van schending daarvan zijn vooralsnog onvoldoende transparant. Vranken heeft aangegeven dat bij samenhangende rechtsverhoudingen de problematiek van toerekening van kennis en wetenschap zich in heel veel verschillende situaties voordoet en om genuanceerde oplossingen vraagt.¹⁸⁸ De problematiek is naar zijn mening echter nog lang niet voldoende uitgediept, en betreft een aspect van samenhangende rechtsverhoudingen dat tot nu toe nauwelijks onderkend is (alhoewel ‘de Hoge Raad er wel iets mee wil’¹⁸⁹). De Perron doet recht aan de complexe werkelijkheid die achter de problematiek van samenhangende rechtsverhoudingen ligt: het antwoord op de vraag of belangen van derden worden beschermd is, aldus De Perron, afhankelijk van een reeks omstandigheden.¹⁹⁰ Ook bij samenloop tussen publiekrechtelijke regelingen zoals de Wft en de onderliggende privaatrechtelijke verhouding tussen financiële dienstverlener en cliënt/consument is naar mijn mening de catalogus van

¹⁸⁴ Dit hoofdstuk is een bewerking van J.G.J. Rinkes, Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht, NTHR 2007/6, p. 223-235.

¹⁸⁵ T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. UvA 2007, Deventer: Kluwer 2007, S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, diss. Groningen 2006, Deventer: Kluwer 2006.

¹⁸⁶ T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, AA 56 (2007) 9, p. 702-705 geeft aan dat er ondanks dit gegeven weinig aandacht is voor de vraag wat een zorgplicht eigenlijk is.

¹⁸⁷ Schoordijk merkte in 1998 reeds op: ‘dat de rechtspraak van de volgende eeuw als de voortekenen niet bedriegen veel meer dan in de huidige eeuw beheerst zal worden door verhoudingen waarbij derden betrokken zijn’; ‘Samenwerking is immers het wachtwoord, zowel op technische als economische gronden’, WPNR 1998/6320, p. 428. Zie I. Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, diss. Leuven 2002, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 3-4, C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA 1999, Deventer: Kluwer 1999, M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen*, diss. Tilburg 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

¹⁸⁸ J.B.M. Vranken, noot onder HR 11 november 2005, NJ 2007, 231.

¹⁸⁹ J.B.M. Vranken, noot onder HR 16 maart 2007, NJ 2007, 232.

¹⁹⁰ C.E. Du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA 1999, Deventer: Kluwer 1999, p. 283-302, I. Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, diss. Leuven 2002, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 543.

omstandigheden die Du Perron beschrijft dienstbaar bij het beoordelen van mogelijke rechtsgevolgen van een schending van zorg-, transparantie- en informatieplichten: (1) de aard van het belang van de derde, (2) de voorzienbaarheid van de schade (nauw verwant aan het opgewekte vertrouwen), (3) de omvang van de schade of het derdenbelang, (4) de ernst van de wanprestatie, (5) de overeenkomst (i.c.: de toepassing van de vergunningseisen Wft) ziet op het derdenbelang, (6) de contractpartij heeft omtrent de prestatie bij de derde vertrouwen gewekt of weggenomen, (7) de hoedanigheid van partijen, (8) de hoedanigheid van de derde, (9) de bezwaarlijkheid van een zorgplicht, (10) andere factoren die verband houden met de reikwijdte van de zorgvuldigheidsnorm in het algemeen, waarbij naast het relativiteitsbeginsel ook macro-economische overwegingen kunnen meespelen. Vooral macro-economische belangen spelen (kennelijk) een belangrijke rol bij de ‘Dexia-kwestie’, de perikelen rond beleggingspolissen en – in de nabije toekomst waarschijnlijk – bij problemen op de hypotheekmarkt (ook Nederland kent hypotheekvormen die gevaarlijk dicht bij de VS ‘sub-prime-hypotheek’ liggen). De situatie is – als gezegd – complex, zeker indien men daarbij in aanmerking neemt dat (bijvoorbeeld) nalaten van een bank ook onrechtmatig jegens derden kan zijn ingeval deze derden stellen schade te hebben geleden doordat de bank de beleggingsactiviteiten van een rekeninghouder, die mogelijk in strijd waren met de vigerende regelgeving (Wte), niet voldoende kritisch had onderzocht (*Safe Haven*-arrest).¹⁹¹

6.2 Toezicht op financiële markten: normen, waarden en het BW

De achterliggende gedachte van de nieuwe regels voor toezicht op financiële markten is dat het voor de bescherming die een cliënt/consument wordt geboden in principe niet moet uitmaken via welk distributiekanaal een product is aangeschaft (het uitgangspunt van distributieconsistentie), noch in welke financiële sector het betreffende product zijn oorsprong heeft (het uitgangspunt van cross-sector-consistentie). Ter verwezenlijking daarvan zijn niet enkel bemiddelaars, maar ook andere aanbieders zoals verzekeraars en banken, en adviseurs, voorzover de advisering uitmondt in de aanschaf van een specifiek financieel product, onder de reikwijdte van de nieuwe regels gebracht. De Wft bevat gedetailleerde regels voor (ondermeer) het gedrag van aanbieders van financiële diensten. Transparantie is daarbij een kernbegrip: adequate informatieverstrekking is een basisvoorwaarde voor de consument om invulling te kunnen geven aan zijn eigen verantwoordelijkheid bij de aanschaf van een financieel product. Ook MiFiD (de Markets in Financial Instruments Directive¹⁹²) kent strikte regels ter bevordering van eerlijke, transparante, efficiënte en geïntegreerde financiële markten. De genoemde regels vormen de basis voor de operationele doelstellingen van de AFM bij het uitoefenen van het gedragstoezicht: het bevorderen van de toegang tot de markt met als leidende begrippen integriteit, transparantie, adequate informatieverstrekking en gelijkwaardigheid.¹⁹³ De vraag komt op of daarmee het BW buiten spel staat. De problematische maar fascinerende verhouding tussen – met name – art. 1:23 Wft en de regels uit het BW inzake nietigheid en vernietigbaarheid staat daarbij centraal, afgezet tegen de niet te miskennen druk van de markt. Het antwoord op deze vraag is in ieder geval voor de Raad

¹⁹¹ HR 23 december 2005, NJ 2006, 289.

¹⁹² Richtlijn 2004/39/EG van 21 april 2004, Pb. EU L 145/1, 30.4.2004 en Richtlijn 2006/31/EG van 5 april 2006, Pb. EU L 114/60, 27.4.2006.

¹⁹³ Adequate en toegankelijke geschillenbeslechting is daarbij cruciaal, en verdient terecht alle aandacht die marktpartijen inmiddels daaraan hebben gegeven, zie M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes, preadvies KiFiD, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2006 (Engelse vertaling 2007) en R.W. Polak en B.A. Cnossen, *Procederen bij KiFiD, Ondernemingsrecht 2007-13*, p. 499-504 en D.P.C.M. Hellegers, *De geschillenregeling bij het Kifid nader beschouwd*, in: M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes (red.), *Consument en verzekering*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010, p. 75-93.

van State duidelijk.¹⁹⁴ het BW staat niet buiten spel, tal van bepalingen in het BW hebben, samen met de daarmee verband houdende jurisprudentie, aanzienlijke betekenis voor de rechtsverhoudingen op deelterreinen van het domein van het financiële toezicht. Daarmee is de kous niet af: zoals de minister van financiën opmerkt in een brief over de aandelenleasekwestie uit 2004¹⁹⁵ gaat het om ‘bepalingen van het BW ingevuld door regels die gelden bij of krachtens de toezichtwetgeving’, met als sluitstuk het voornoemde art. 1:23 Wft. Is dit een gelukkig huwelijk?

De nieuwe regels voor financiële dienstverlening hebben een helder doel: goede werking van de financiële markten en consumentenbescherming. Voor professionele marktpartijen betekent dit: normoverdracht en voorlichting. De wet stelt – zoals bekend – eisen aan financiële dienstverleners op het gebied van integriteit, deskundigheid, integere bedrijfsvoering, financiële zekerheid, transparantie en zorgplicht. Informatieplichten spelen daarbij een bijzondere rol. Voor financiële diensten op afstand zijn deze plichten gebaseerd op Europese regelgeving¹⁹⁶; voor alle vormen van financiële dienstverlening gelden nieuwe regels bij het aanbieden van financiële producten. De wetgever is duidelijk: transparantie is een basisvoorwaarde voor de consument om invulling te kunnen geven aan zijn eigen verantwoordelijkheid bij de aanschaf van een financieel product. Adequate informatieverstrekking en zorgvuldige advisering zijn zorgplichten. Het juridisch kader is daarmee duidelijk, de bakens zijn gezet: indien niet voldaan is aan deze zorgplichten is een deugdelijke keuze en wilsvorming door de cliënt niet mogelijk, met alle gevolgen van dien voor het contract. Een belangrijke vraag daarbij betreft de uitleg en invulling van deze zorgplichten: volstaat het om nauwkeurig de Wft-voorschriften te volgen, of is er méér? Als iedere aanbieder deze weg volgt, zal het lastig zijn om nog te concurreren op het onderdeel zorgplicht, terwijl dat juist de bedoeling lijkt te zijn. Gaat de aandacht in de toekomst naar het steeds verder uitbouwen van deze plicht, of houdt iedereen zich aan de meest minimale regels? Daarmee zou een ‘race-to-the-bottom’ kunnen ontstaan, of, fraaier: financiële dienstverlening wordt een wedstrijd om te zien welke aanbieder het langzaamst kan fietsen zonder om te vallen. Voor aanbieders van financiële diensten is dit een lastige keuze, niet gespeend van bedrijfseconomische overwegingen. Niet voor het eerst: het dilemma *Mercatura Honesta*, eerbare handel, is van alle tijden, ten minste sinds het moment dat de handelaars en geldwisselaars uit de tempel werden verdreven.¹⁹⁷

6.3 Transparantie bij financiële dienstverlening

Transparantie is een van de sleutelbegrippen in onze moderne maatschappij, aldus Wansink, en dat is ook voelbaar in de verzekeringswereld.¹⁹⁸

De Wft heeft als belangrijke doelstellingen¹⁹⁹ het beschermen van de consument, en het goed functioneren van de markt. De wenselijke transparantie moet worden gerealiseerd door

¹⁹⁴ Kamerstukken II, 29 708 nr. 20, p. 9 (advies RvS).

¹⁹⁵ Kamerstukken II, 28 965 nr. 12 herdruk p. 12.

¹⁹⁶ Richtlijn 2002/65/EG van 23 september 2002, Pb. EG L 271/16 van 9.10.2002.

¹⁹⁷ M 21:1-14. Zie J. Wiarda, diesrede Groningen 1963.

¹⁹⁸ J.H. Wansink, *Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening*, AV&S 2005, p. 117-131, kenschetst de gedachte als zou de Wfd voor alle betrokken partijen het palet van zorgplichten in de financiële dienstverlening exclusief en in heldere en scherpe lijntjes in beeld brengen als ‘het grote misverstand’ (p. 130).

¹⁹⁹ Zie over de doelstellingen van gedragstoezicht en prudentieel toezicht J. Borgesius, *Economisch ordeningsrecht en verzekeringsbedrijf*, oratie Groningen 2004 (Europe Law Publishing Groningen 2005), p. 46-50. Zie voorts M.B.W. Biesheuvel, M.R. Mok en H.G. Sevenster, *Van ordening naar marktwerking*, Preadvies

kwaliteitskenmerken, zoals deskundigheid, betrouwbaarheid, adequate informatieverstrekking, zorgvuldige advisering van de consument en een administratieve organisatie die de toezichthouder in staat stelt toezicht te houden op naleving van de wet. De Wft is naar haar aard toezichtwetgeving; uitgangspunt is het verankeren van de gedragingen van een goede dienstverlener in duidelijke bestuursrechtelijke normen; daartegenover staat de civielrechtelijke norm van de redelijk bekwame en redelijk handelende dienstverlener in zijn verhouding tot de consument (contractueel en buiten-contractueel). Dit probleem is inmiddels onderkend: de ambitie om in eigen bewoordingen een algemene bestuursrechtelijke zorgplicht neer te zetten is onderdrukt; volstaan wordt met het formuleren van een zorgplicht voor de financiële dienstverlener ten aanzien van een aantal nader uitgewerkte aspecten. *Daarop* richt zich het toezicht (AFM); ‘botsingen’ zijn echter niet uitgesloten, bijvoorbeeld bij verzekering/dienstverlening zonder advies (op zichzelf toegestaan, mits uitdrukkelijk tevoren kenbaar gemaakt

Transparantie teneinde het goed functioneren van de markt te bevorderen heeft vooral te maken met prudentieel toezicht, met name tegen de achtergrond van Europese regelgeving (transparantie van financiële markten). De Wft is daarbij van groot belang bij het realiseren van (compliance) een deugdelijke en transparante bedrijfsvoering. De Wft is voorts gericht op het gedragstoezicht. Beide vormen van regelgeving (prudentieel- en gedragstoezicht) beogen uiteindelijk de marktwerking, en daarmee het belang van aanbieders en diensten van financiële producten, te bevorderen. De rol van de desbetreffende toezichthouders en de afbakening tussen de toebedeelde bevoegdheden zijn daarbij uitermate interessant, maar worden in dit kader niet nader onderzocht.²⁰⁰ De vraag is gesteld of de Wft de bemiddeling bij financiële dienstverlening transparanter maakt. Vooralsnog zijn er zeker op dat punt kritische geluiden te horen, en wordt zelfs een ontkennend antwoord gegeven, *vide* Kamphuisen en Wansink.²⁰¹

voor de Vereniging “Handelsrecht” en de Vereniging voor Mededingingsrecht 1996. Zie tevens het Besluit Financiële dienstverlening Bfd, het Inwerkingtredingsbesluit Wfd (Iwtr) en het Vrijstellingsbesluit (Vrijst. Besl.) ter zake, alsmede de in juni 2006 gewijzigde Wijziging Nadere Regeling financiële dienstverlening. De Wfd is inmiddels opgenomen in de Wet financieel toezicht. Vgl. over de Wfd het themanummer TvC 2005 nr. 3. Zie uitgebreid over de Wft onder andere het Ondernemingsrecht Wft thema-nummer Ondernemingsrecht 2006/4; E.P.M. Joosen, Het voorstel van Wet op het financieel toezicht, Tijdschrift voor Financieel Recht 2005-1/2, p. 4-12 en J.M. van Dijk/H.V. Oppelaar, Voorstel van Wet op financieel toezicht; Beschouwingen over de regulering van financiële markten (Preadvisie voor de Vereniging voor Effectenrecht 2004), Deventer: Kluwer 2004. Over toezicht in algemene zin: A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey en N. Verheij, Toezicht, Pre-advies NJV 2005. Over de Wfd is veel geschreven; zie voor een verzekeringsrechtelijk gericht overzicht het Themanummer Wet Financiële dienstverlening AV&S 2005 nr. 4. Ik merk op dat Vriesendorp-van Seumeren aangeeft dat de ingewikkeldheid van de regeling (Wfd) gecombineerd met een vormvrij toezichtmodel aanleiding geeft tot zorg over de verwezenlijking van de doelstelling: transparante financiële dienstverlening, R.M. Vriesendorp-van Seumeren, Transparante bemiddeling door de Wet financiële dienstverlening, AV&S 2005/4, op p. 116. Voor het bankwezen geldt eveneens dat tal van nieuwe plichten bestaan; voor de implicaties van de zorgplicht voor banken verwijs ik kortheidshalve naar M.R. Mok, Door de bank genomen, oratie UvA 2005. Vgl. voor effectenrecht (en toezicht) ook de lustrumbundel 2002 van de Vereniging voor Effectenrecht, Deventer 2002.

²⁰⁰ Zie het desbetreffende Convenant, waarover (onder meer) R.H. Maatman, Het belangrijkste financiële product, oratie Nijmegen, Deventer 2006, p. 132 nt. 132. Zie over toezicht ook I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid, Deventer 2005.

²⁰¹ J.G.C. Kamphuisen en J.H. Wansink, Redactioneel AV&S 2005, p. 105. Transparantie als ‘term of art’ is te diffuus om een daadwerkelijke definitie te kunnen vaststellen. Transparantie wordt gebruikt als begrip in de politiek, het bestuursrecht, bij wetgeving, in ondernemingsrechtelijke zin, in economische zin en op tal van andere manieren. Enige terminologische inflatie van deze term is dan ook niet verbazingwekkend. Wel is het zo dat de term betrekkelijk nieuw lijkt te zijn. Zeker in de oorspronkelijke betekenis (transparantie=doorzichtigheid) moet worden opgemerkt dat lange tijd doorzichtige materialen (de atmosfeer, de nieuwe kleren van de keizer, Couperus’ *het kobalt-blauwe water werd veel lichter, haast transparant*) vrij uniek waren. Enkele willekeurige woordenboeken leveren weinig aanknopingspunten; de oudere definities maken een duidelijk onderscheid tussen

6.3.1 Transparantie: een populair begrip

Een overzicht van het huidige gebruik van het begrip transparantie laat inderdaad een diffuus beeld zien. Eenieder is het ten minste over één ding eens: transparantie is van cruciaal belang op tal van niveaus. Zo geeft de Europese Centrale Bank als ‘mission statement’ aan..²⁰² Transparantie betekent ‘beter uitleggen’ zodat begrippen duidelijk worden en beleidsdoelstellingen helder. In die zin draagt transparantie bij aan geloofwaardigheid en zelf-discipline, vereist voor een sterke ‘commitment’ en consistentie in beleid.

Voorspelbaarheid is een ander aspect van transparantie, en voorziet in inzicht in een systematisch patroon van reacties en voorspelbaarheid van beleidshandelingen, waardoor geadresseerden efficiënter en meer accuraat hun verwachtingen kunnen vormen, en de globale voorspelbaarheid van beleidsreacties een snelle incorporatie van veranderingen kunnen waarborgen. Ook de overheid is transparant in haar doelstellingen: democratie en transparantie staan voorop.²⁰³ Werk en werkmethoden moeten toegankelijk zijn (vergaderingen, stemmingen, archieven)²⁰⁴, regelgeving moet eenvoudiger worden²⁰⁵, men streeft naar meer consultatie, tijdige contacten met het publiek (vóór het indienen van een wetsvoorstel), het intensiveren van betrokkenheid bij wetgeving en het reguleren van lobby-activiteiten. Kort gezegd betekent dat – ook voor de overheid – ‘comply’ (WOB) of ‘explain’.

transparant in de zin van ‘doorheen kijken of zien’ en transparant als ‘doorprikken’ (een kijkgat maken).²⁰¹ In de huidige populaire terminologie lijkt de eerste definitie de meest gebruikelijke wanneer het begrip gebruikt wordt in juridische of juridisch-politieke zin. Het is daarbij echter onduidelijk of daarbij bedoeld wordt dat men transparant door iets héén kan kijken, of dat het gaat om iets dat – mits van achter belicht – een fraai gekleurd beeld oplevert. Transparantie is dus alom: als het er is, zie je het niet (het is tenslotte transparant). Tastbaar is het evenmin. De vraag is of men er dus (bij voorbeeld) in het consumenten- en verzekeringsrecht op kan bouwen. Heeft transparantie enkel te maken met doorzichtigheid, of vooral ook met helderheid? Of gaat het er om dat een dieper liggende betekenis moet kunnen worden ‘gezien’? Transparantie moet leiden tot *inzicht*, niet tot doorzicht.

²⁰² <http://www.ecb.int>: ‘transparantie betekent dat de ECB tijdig, en op open en duidelijke wijze, het algemene publiek en de markt alle relevante informatie geeft met betrekking tot haar strategie, beoordelingen en beleidsbeslissingen, en haar procedures’.

²⁰³ Zie bijvoorbeeld de Projectgroep ‘Integratie en vereenvoudiging toezicht op publieke uitvoering’, Beter bestuurlijk toezicht: hoe departementen de governance ten aanzien van zelfstandige organisaties met een publieke taak kunnen verbeteren, Den Haag 2005, Toezicht op markten: achtergrondstudies Algemene Rekenkamer, Kamerstukken II 2004-2005, 29 960, nrs. 1-2, F.B. Falkena e.a. (red.), Markten onder toezicht, Deventer 2004. Vgl. verder C. van Woerkom, N. Aarts en H. Padmos, Wat burgers zeggen en consumenten doen: analyse van een schijntegenstelling, Bestuurswetenschappen 2006, nr. 1, p. 25-39.

²⁰⁴ Vgl. de discussie over de Wte en de Awb (behandeling achter gesloten deuren), alsmede de op handen liggende toepassing van de WOB op onder meer de AFM, Kamerstukken II, 2005-2006, 29 708, nr. 45, p. 15-16.

²⁰⁵ In algemene zin kan daarover worden opgemerkt: de conclusies van enkele onderzoeksrapporten over regeldruk zullen – via voorlichting en opleiding bijdragen aan strategischer denken over regelgeving als instrument voor beleid, met een ruimer oog voor de maatschappelijke effecten daarvan, aldus minister Donner in zijn brief van 8 mei 2006 (Rechtsstaat en Rechtsorde), Kamerstukken II 29 279, nr. 36. Vermeldenswaard zijn de in de brief vermelde aanbevelingen: met betrekking tot wetgeving (open normen en regeldruk) wordt vastgesteld: (1) waarborg de reguleringsautonomie van de normadressaat in het wettelijk kader; (2) zorg in het wettelijk kader ervoor dat de focus van zelfregulering op leereffecten komt te liggen; (3) houdt bij de wettelijke vormgeving van een open norm rekening met de belangen/macht van “derden” (zoals verzekeraars) bij de invulling van de open norm. Met betrekking tot overige overheidsmaatregelen zijn de aanbevelingen (4) neem maatregelen die de kwantificering van nalevingskosten door de normadressaten stimuleren; (5) neem maatregelen die de meerwaarde van zelfreguleringsactiviteiten zichtbaar maken; (6) geef de brancheorganisaties een centrale rol bij de uitvoering van de open normen en bij het in kaart brengen van de nalevingskosten; (7) creëer een prudent stelsel van checks en balances bij het toezicht en de handhaving van open normen.

Ondernemingen zijn niet minder betrokken bij transparantie: in een Aegon-rapport²⁰⁶ wordt opgemerkt dat ondernemers het geven van rekenschap en transparantie moeten ‘omarmen’. Wel blijft de vrees voor ongewenste bij-effecten van al te grote openheid: een ongenueanceerde voorstelling van zaken, onkunde en het ontbreken van juiste kennis van zaken kunnen tot problemen leiden.²⁰⁷ Consumenten zijn mondiger geworden, en vinden het vanzelfsprekend dat organisaties rekenschap afleggen over hun handelen en transparant zijn over hun producten en diensten. In die zin maakt toegenomen transparantie vergelijking mogelijk, en zou dit kunnen leiden tot een ‘race to the top’, waarbij energie gericht is op voortdurende verbetering van de onderneming. ‘Benchmarken’ van prestaties kan daarbij een belangrijke rol spelen.

Transparantie in organisaties betekent²⁰⁸ je kwetsbaar opstellen, laten zien wat je doet en waarom, rekenschap geven, en expliciet maken dat je verantwoordelijk bent voor je handelen. In verband met status betekent het dat je bereid moet zijn om in status te dalen of door anderen verlaagd te worden. Het grote probleem voor organisaties daarbij is dat strategisch handelen slechts bedekt kan geschieden (wat niet weet?).

Op Europees niveau is transparantie één van de belangrijkste doelstellingen en uitgangspunten die ten grondslag liggen aan een ordelijke en eerlijke werking van – bij voorbeeld – financiële markten.²⁰⁹

Meer in het bijzonder speelt transparantie een rol bij het economisch beleid. Transparantie betekent dat burgers beter kunnen kiezen in de zorg, energie, financiële wereld, etc.²¹⁰ Een EZ-startnotitie geeft aan dat het verbeteren van de keuzevrijheid voor consumenten in de eerste plaats verwezenlijkt moet worden door grotere transparantie.²¹¹ In sommige sectoren van de economie ziet men ‘door de bomen het bos niet meer’. In andere is juist te weinig informatie beschikbaar over producten en diensten. Ook in sterk gereguleerde sectoren, waarin de burger nog weinig te kiezen heeft, zoals zorg en onderwijs, bestaat vaak onvoldoende inzicht in de kwaliteit van het aanbod. Deze informatie-problemen worden ook wel aangeduid als ‘gebrek aan transparantie’. Gebrek aan transparantie beperkt de keuzevrijheid van burgers en stimuleert aanbieders niet om nieuwe en betere producten en diensten te ontwikkelen, aldus de startnotitie.

6.3.2 Transparantie in juridische zin

²⁰⁶ Aegon mei 2005. Kortheidshalve wordt verder verwezen naar Tabaksblat- en Sarbanes Oxley (Corporate Governance: Tabaksblat of Sox?)-perikelen voor ondernemers.

²⁰⁷ De overheid zal samen met marktpartijen, consumentenorganisaties en andere overheidsinstellingen een Platform inrichten met als doel het financieel inzicht van consumenten te verbeteren (zie het CentiQ-initiatief van het ministerie van Financiën..

²⁰⁸ <http://www.interactiestatus.nl>.

²⁰⁹ Ook voor verzekeraars: transparency obligations of publicly traded companies (transparency directive), Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG, Pb. L 390/38. Vgl. in dit verband ook de OECD corporate governance round table (the EU perspective on disclosure and transparency) 2002, en de nieuwe accounting standards.

²¹⁰ <http://www.ez.nl>.

²¹¹ Vgl. Kamerstukken II 2000–2001, 27 879, nr. 2: in deze nota beperkt het kabinet zich tot de voornaamste beleidsdoelstellingen die de overheid ten behoeve van de consument in het algemeen moet realiseren. Het gaat daarbij met name om de basisbescherming van consumenten, transparantie, marktwerking en de mogelijkheden tot maatschappelijk verantwoord consumeren.

Transparantie in een juridische (privaatrechtelijke) context heeft onder meer een functie bij het vaststellen van de omvang van informatieplichten. De informatieplicht is direct gericht op wilsvorming.²¹² Informatie kan verschillende vormen aannemen, zoals een algemene waarschuwing, een verantwoording of een advies. Centraal daarbij staan de kennis en deskundigheid van partijen en de afweging van conflicterende belangen. De afbakening tussen informatieplichten en onderzoeksplichten en de vaststelling van mogelijke aansprakelijkheid op grond van schending daarvan, leveren juridisch-technische problemen op. Onbetwist is wel dat het onderbrengen van informatieplichten bij het leerstuk wilsvorming een aantal kenmerken oplevert.

Informatie heeft betrekking op het
 - expliciteren van de contractsinhoud,
 - wegnemen van ongelijkheid (ongelijkheidscompensatie), en
 - economisch gezien: het wegnemen van marktinefficiënties.

Voorts speelt informatie een niet te miskennen rol bij bewijslevering.²¹³ Transparantie speelt – aldus de Hoge Raad – in ieder geval ook een rol bij driehoeksfusies.²¹⁴

Vanuit het perspectief van cliënten/consumentenbescherming is informatie één van de belangrijkste aanknopingspunten voor regelgeving.²¹⁵ Informatie en transparantie gaan daarom ‘hand in hand’, en vormen het plechtanker van de zorgplichten van financiële dienstverleners.

6.3.3 Transparantie, eerlijkheid en ongeschreven recht

Ook pro-actief speelt transparantie een rol (zoals duidelijk blijkt uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken). Transparantie heeft te maken met eerlijkheid en eerlijke handelspraktijken. Het is de vraag hoe hoog de ‘lat’ daarbij ligt; zie bijvoorbeeld de omschrijving van de zorgplicht bij assurantiebemiddeling, ingevuld als ‘de tegenover de opdrachtgever in acht te nemen zorg die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht’ (aldus de Hoge Raad).²¹⁶ Bezie men de verplichtingen die aan financiële dienstverleners worden opgelegd in het kader van de Wft, dan ligt de lat duidelijk hoger indien de concepten ‘transparantie’ en ‘zorgplicht’ in onderlinge samenhang worden gezien. Ook in het civiele recht zullen de normen van de Wft richtinggevend zijn, niet in de laatste plaats omdat de wetgever in de Wft duidelijk en expliciet normoverdracht beoogt te bewerkstelligen. Biedt transparantie in juridische zin het doorkijkje naar het ongeschreven recht? Hartkamp merkt daarover op dat het geven van een volledige opsomming van deze

²¹² J.M. Barendrecht & E.J.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer 1999, p. 73 e.v.

²¹³ Barendrecht/Van den Akker, p. 181.

²¹⁴ HR 14 september 2007, RvdW 760. Samenhang in deze fusie mag – aldus kennelijk de Hoge Raad – worden benut teneinde minderheidsaandeelhouders buiten de boedel te houden, mits dit op transparante wijze geschiedt (Talpa/Tele2/Versatel kwestie).

²¹⁵ R. Kemper, *Verbraucherschutzinstrumente*, Baden-Baden 1994, p. 64-65: *Die wichtigste Aufgabe von auf den einzelnen Verbraucher bezogenen Schutzmaßnahmen ist es dann, dem Konsumenten zu ermöglichen, sich auf dem so abgesteckten Markt zurechtzufinden, die für seine Entscheidungen erforderlichen Informationen zu sammeln und diese in einem von sachfremden Beeinflussungen freien Entscheidungsprozeß zu verarbeiten. Zur Erleichterung des Entscheidungsprozesses ist außerdem ein für einen rationalen Entscheidungsprozeß ausreichendes Angebot an Information zu gewährleisten, wenn der Verbraucher sich diese nicht ohne weiteres selbst beschaffen kann.*

²¹⁶ Zie R. Feunekes *De zorgplicht van assurantië tussenpersonen bij de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten*, NTHR 2007, p. 164-167, C.J. de Jong, *De verzekeringstussenpersoon nader beschouwd*, NTHR 2008/2, p. 45-54.

normen het menselijk vermogen te buiten gaat.²¹⁷ Dit maakt het denken over transparantie in het domein van definanciële dienstverlening tot een vrij eclectische²¹⁸ exercitie. Dit gezichtspunt levert voorts problemen op inzake de relatie tussen moraal en recht.²¹⁹ Door het contractenrecht loopt als een rode draad de regel dat gerechtvaardigde (redelijke) verwachtingen van eerlijke burgers moeten worden gerespecteerd. Sprekend over de rol van het contractenrecht wordt betoogd dat de kern daarvan moet zijn ‘fulfilling the reasonable expectations of honest men’²²⁰. We spreken daarbij over de eisen van redelijkheid en billijkheid, die als zodanig verwijzen naar ongeschreven objectief recht.²²¹ De aloude uitdrukking ‘goede trouw’ is in het huidige BW gereserveerd voor ‘subjectieve’ goede trouw, en is gescheiden van de eerder genoemde eisen van redelijkheid en billijkheid.

6.4 Normstelling voor zorgplichten

Tegenover de hierboven aangegeven bestuursrechtelijke normen ter invulling van de zorgplichten van financiële dienstverleners staat de algemeen geldende civielrechtelijke norm van de redelijk bekwame en redelijk handelende dienstverlener in zijn verhouding tot de cliënt/consument, zowel contractueel als buiten-contractueel. Het zou denkbaar zijn geweest deze normen te combineren in de Wft, maar de ambitie van de wetgever om *in eigen bewoordingen* een algemene bestuursrechtelijke zorgplicht neer te zetten is onderdrukt. Volstaan is met het formuleren van een zorg- en informatieplicht voor de financiële dienstverlener ten aanzien van een aantal nader uitgewerkte aspecten. Dit leidt zonder twijfel tot uitleg- en afbakeningsproblemen, en mogelijk zelfs tot ‘botsingen’ tussen toezichtwetgeving en BW. Het uitgangspunt dat het in casu gaat om regels van het BW ingevuld door normen uit het gedragstoezicht is problematisch, en kan tot cirkelredeneringen leiden. Daarbij speelt de aansprakelijkheid van toezichthouders een rol, en tevens de vraag of middels een directe actie schadevergoeding kan worden geëist, dan wel een toezichthouder kan worden gedwongen tot handelen (een rechtsfiguur die bekend is uit het effectentoezicht, maar doorgaans strandt op de grenzen van rechterlijke controle op overheidshandelen).

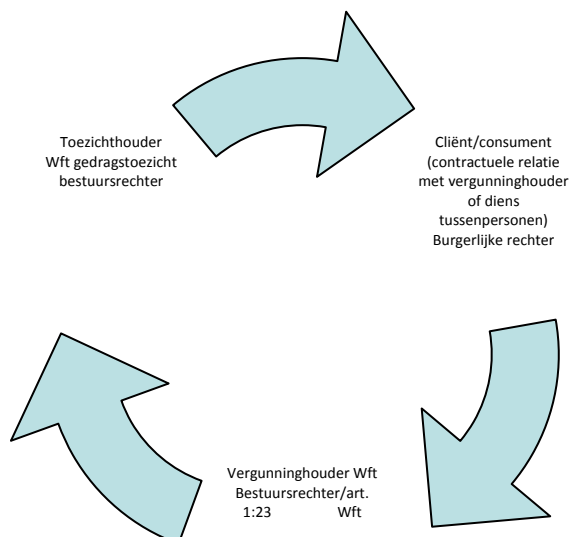
²¹⁷ Asser-Hartkamp 4-II, nrs. 302-304 en 4-III, nr. 44. Maatschappelijk handelen en rechtsbewustzijn: in beide gevallen draagt het feitelijk gebeuren het materiaal aan, P. Scholten, Verzamelde geschriften deel 1, Zwolle 1949, p. 55.

²¹⁸ Eclectisme is – voor de goede verstaander – de handelwijze van de eclecticus, een persoon (oorspronkelijk een filosoof) die zich aan geen stelsel bindt, maar van alle stelsels datgene uitkiest wat hem het beste dunkt. Eclectici streven wel naar versmelting tot iets nieuws.

²¹⁹ Met vérgaande complicaties, vgl. J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, Deventer 2000, p. 40: the extent of interaction between morality and the law indeed differs substantially in the two great legal systems of the world and this is related to differing views regarding the function of the law.

²²⁰ LJ Steyn, *Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest men*, LQR 113, 1997, p. 433 e.v. Zie tevens J.G.J. Rinkes, *Reasonable expectations of honest men*, oratie Heerlen 2005, Zutphen: Uitgeverij Paris 2006.

²²¹ Asser-Hartkamp 4-I, nr. 302a, G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid*, Mon. NBW A-5, Kluwer (Deventer) 1994.



Een duidelijk voorbeeld hiervan treft men aan bij de beleggingspolissen. In zijn brief van 19 januari 2007 bespreekt de minister de belangrijkste bevindingen ter zake van de Commissie De Ruiters: de transparantie op de markt voor beleggingsverzekeringen²²² is nog steeds zeer gebrekkig, de informatieverstrekking ter zake schiet tekort, met name als het gaat om het karakter ervan (een samengesteld product), en voor wat betreft het verstrekken van inzicht in de verschillende componenten van een complex product zoals beleggingsverzekeringen, schort het vooral aan informatie met betrekking tot de kostensoorten.²²³ De Commissie voornoemd formuleert een aantal aanbevelingen over de informatieverstrekking, en richt de aandacht op de gronden voor informatieplichten, de noodzaak te komen tot een ‘level playing field’ ter zake, de zorgplicht van aanbieders, adviseurs en bemiddelaars en de verantwoordelijkheden die elk van hen heeft ten opzichte van de consument (waaronder begrepen regelgeving en fiscaliteit). De minister stelt in voornoemde brief vast dat de beschouwingen van de Commissie over deze onderwerpen voor een groot deel overeenkomen met de overwegingen die ten grondslag liggen aan de Wft (met uitzondering van unit-linked fondsen). De Commissie doet een serie aanbevelingen ten aanzien van de informatieverstrekking (over beleggingsverzekeringen), met de aantekening dat deze vooral moeten worden gezien als uitgangspunten waaraan de informatie zou moeten voldoen. De Commissie acht het van belang dat hierop toezicht wordt gehouden. De aanbevelingen houden in dat de cliënt in drie opeenvolgende fasen – de oriëntatiefase, de offertefase en tijdens de looptijd van het contract moet kunnen beschikken over informatie die hem of haar in staat stelt verantwoorde beslissingen te nemen. Een bijzonder punt daarbij is de Financiële

²²² Zie W.M.A. Kalkman, Informatieverstrekking aan consumenten bij beleggingsverzekeringen – voortschrijdend inzicht in het denken over kosten, risicopremie(s) en rendement bij beleggingsverzekeringen, in: M.L. Hendrikse en J.G.J. Rinkes (red.), *Consument en verzekering*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2010, p. 95-117.

²²³ In het verlengde hiervan komt de vraag op of hypotheekadviseurs verplicht zijn om potentiële afnemers te herinneren aan de wettelijke maximale duur van hypotheekafrek (30 jaar)? Hetzelfde geldt voor de fiscale regels ten aanzien van de inbreng van overwaarde bij aanschaf van een nieuwe woning na echtscheiding (toedeling en verrekening van de overwaarde). Bij collectieve afwikkeling van beleggingshypotheeklen vormt de vraag of deugdelijk is geadviseerd in concrete gevallen een extra belemmering aangezien moeilijk onderscheid kan worden gemaakt tussen individuele en algemene informatie. In de aandelenlease-zaken is het verweer dat de informatie bedoeld was niet voor een advies- of vermogensbeheerrelatie maar voor een in ‘kant-en-klaar’ financieel product zonder persoonlijk contact, waaruit geen latente verplichtingen kunnen voortvloeien op grond van een bijzondere zorgplicht gepasseerd: het ging immers bij de onderhavige restschuldbroeken om een, aan een breed publiek van particuliere afnemers aangeboden, risicovol product waarbij met geleend geld belegd werd, aldus rov. 4.5.7 in HR 5 juni 2009, LJN: BH2811.

Bijsluiter. De minister deelt niet het oordeel van de Commissie dat deze tekortschiet en moet worden aangepast, en ziet de bijsluiter als een instrument om de consument in de oriëntatiefase de belangrijkste productkenmerken duidelijk te maken, en om vergelijking mogelijk te maken met andere producten die in dezelfde behoefte van de consument kunnen voorzien. De bijsluiter is – aldus de minister – een aanvulling op de uitgebreide productinformatie van de aanbieder en laat diens zorgplicht onverlet: de aanbieder is primair verantwoordelijk voor het informeren van de cliënt.²²⁴ Voor de goede orde is het nuttig om de twee uitersten nog eens uit te lichten:²²⁵



voor een vrolijk risico (happy go lightly-risk), en voor een minder opgewekt scenario:



6.5 De verhouding tussen BW en Wft

De oude financiële toezichtwetgeving kende – op een enkele uitzondering na – geen regels die betrekking hadden op de civielrechtelijke gevolgen van het niet-naleven van toezichtregels; dit werd enkel door het BW bepaald. Zo kon – bijvoorbeeld – het niet-naleven van reclameregels misleiding opleveren in de civielrechtelijke relatie tussen financiële dienstverlener en cliënt. De vraag of daarvan sprake was moest worden beoordeeld in het kader van het BW en de jurisprudentie. Het feit dat de toezichtwet was overtreden kon daarbij uiteraard wel een factor zijn, maar was niet bepalend. Onder de Wft ligt dat anders. De Wft biedt in zoverre houvast dat art. 1:23 Wft uitdrukkelijk bepaalt dat de *rechtsgeldigheid* van een privaatrechtelijke rechtshandeling welk is verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels niet uit dien hoofde aantastbaar is, behalve voorzover in de Wft anders is

²²⁴ Terzijde merk ik daarbij op dat consumentengedragsonderzoek het volgende leert. De Financiële Bijsluiter classificeert bepaalde producten als 'vrijwel risicoloos', maar de daarbij gekozen 'benchmark' (zijnde: geen verlies) is voor consumenten irrelevant. Beter zou zijn: 'risk free return' (u ontvangt altijd uw inleg retour), vgl. consumentenonderzoek NRC-Hblad 16 oktober 2007.

²²⁵ Ik heb uit consumentenonderzoek begrepen dat de plaatjes niet zelden worden geassocieerd met reclame voor verhuisbedrijven, zeker bij hypotheekoffertes.

bepaald.²²⁶ Over het specifieke geval van art. 3:40 lid 2 BW wordt opgemerkt²²⁷ dat daar de toezichtwetgeving wél bepalend is voor de civielrechtelijke relaties.²²⁸ Art. 1:23 Wft is een restbepaling, en neemt aldus alle onduidelijkheid op dit punt weg, aldus de wetgever. Wat betekent het als de zorgplicht door een financiële dienstverlener niet is nagekomen?²²⁹ Als er sprake is van schending van een zorgplicht²³⁰ is het niet evident dat het contract nietig dan wel vernietigbaar is. Er kan bijvoorbeeld ook sprake zijn van een vordering tot schadevergoeding zonder aantasting van de overeenkomst.²³¹ De duidelijkheid die art. 1:23 Wft biedt betreft met name art. 3:40 lid 2 en 3 BW. De cliënt/consument kan nog steeds een beroep doen op art. 3:40 lid 1 BW, en bovendien ondermeer inroepen de regels inzake onrechtmatige daad, wanprestatie, misleiding en dwaling (art. 3:40 lid 2 BW richt zich enkel tot in de wet verboden rechtshandelingen en ziet niet op feitelijke handelingen die in strijd zijn met de wet). Het ter zake generiek omkeren van de bewijslast is door de wetgever afgewezen aangezien dit ‘tot onredelijke situaties aanleiding zou kunnen geven’.²³² Het primaire doel van deze regeling is het vergroten van de rechtszekerheid. Is er sprake van vermindering van rechten van de wederpartij van de financiële dienstverlener? Volgens de minister (t.a.p. p. 347) niet zonder meer: het ijkpunt van de positie van de consument is dat deze – los van art. 3:40 lid 2 BW – goede mogelijkheden moet hebben om civielrechtelijk in het geweer te komen, indien hij of zij benadeeld wordt door wetsovertredingen van financiële ondernemingen. Het BW biedt, aldus de minister, daartoe de mogelijkheid (zie voor een samenvatting van de mogelijkheden t.a.p., p. 390-393). Bij overtreding zal naar zijn mening veelal een beroep op onrechtmatige daad het meest in de rede liggen (p. 393). De relativiteitsleer is daar afgedekt. De Wft beschermt de consumenten tegen onbehoorlijk handelen van financiële dienstverleners; de onrechtmatigheid is daarmee gegeven. Dit levert een probleem op (p. 395): wat is de strekking daarbij van art. 3:40 lid 1 BW, strijd met de openbare orde en de goede zeden? Gangbaar is – sinds de Wet op het consumentenkrediet (WCK 1992) dat deze problematiek door specifieke regels wordt opgelost (bijvoorbeeld: het bedingen van woekerrente is niet – zoals bijvoorbeeld in de Duitsland – mogelijk in strijd met de goede zeden, maar wordt geregeld door het Besluit kredietvergoedingen). Bekend zijn in dat verband ook de schuldbemiddelingszaken (p. 394): handelen in strijd met art. 47 jo 48 WCK leidt tot nietigheid). Daarmee kwam de vraag op of in de Wft ook toepasselijkheid van art. 3:40 lid 1 BW moest worden uitgesloten. De gedachte is dat deze bepaling minder problemen oplevert: vereist is een inhoudelijke beoordeling van de rechtshandeling zelf, een

²²⁶ De letterlijke tekst van art. 1:23 Wft luidt: ‘De rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling welke is verricht in strijd met de bij of krachtens deze wet gestelde regels is niet uit dien hoofde aantastbaar, behalve voorzover in deze wet anders is bepaald’. Ten grondslag aan deze keuze ligt met name het Tilburgse onderzoek weergegeven door W.H. van Boom, Financiële toezichtwetgeving en nietige overeenkomsten, *VrA* 2006/1, p. 5-36. Dit onderzoek naar de rol van het civiele recht tegen de achtergrond van de financiële toezichtwetgeving leidde tot de conclusie dat privaatrechtelijke handhaving van verboden een rol kan vervullen naast het toezicht. Nietigheid en vernietigbaarheid kunnen echter – aldus de bevindingen – een ontwrichtende werking hebben op de financiële sector, Kamerstukken II 29708 nr. 32, p. 25. De onderliggende problematiek bij ‘meerhoofdige contracten’ (meerpartijovereenkomsten), waarbij meer dan twee partijen verbonden in een gecompliceerde rechtsverhouding eigen rechtshandelingen verrichten die, in combinatie met die der anderen, voor haar rechtsgevolgen doen ontstaan en (relatieve) nietigheid wordt uiteengezet in J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, Deventer: Kluwer 1988, p. 218 e.v.

²²⁷ Kamerstukken II 2005/2006 29708, nr. 20, p. 10.

²²⁸ Terzijde merk ik op dat naar mijn mening onduidelijk is of deze regels ook in grensoverschrijdende gevallen in alle casus doorwerking zullen verkrijgen, gezien de Rome I-Vo en de problematiek inzake voorrangregels, vgl. de bijzondere ipr-regels, zie Kamerstukken II 29708 nr. 10, p. 100.

²²⁹ Tjong Tjin Tai, diss., p. 178-179 spreekt van bijzondere en zwaarwegende zorgverplichtingen.

²³⁰ *VrA* 2006/1.

²³¹ Kamerstukken II, 29708 nr. 32, p. 24-25.

²³² Zie tevens Kamerstukken II 29708 nr. 19, p. 346 e.v.

rechterlijk oordeel of de aantasting redelijk is.²³³ Tenslotte geldt hetgeen Oostwouder²³⁴ en Bartels hebben opgemerkt: er kunnen transacties zijn die op zich niet getroffen worden door nietigheid wegens strijd met financiële toezichtwetgeving, maar die ertoe strekken het gehele financiële systeem te ontwrichten. Deze moeten ongeldig zijn. Al met al is er dus nog genoeg over: art. 6:2 en 6:248 BW (gedrag naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid), art. 7:401 BW (goed opdrachtnemer), art. 3:11 BW (goede trouw; onderzoeksplicht), art. 3:12 BW (geen misbruik maken van bevoegdheid), art. 3:32 BW (afbakening handelingsbekwaamheid), art. 3:35 BW (vertrouwensbeginsel bij (on)deskundigheid cliënt/consument), art. 7:402 en 7:427 BW, alsmede de regels inzake (ambtshalve?) toetsing van algemene voorwaarden.

Let wel: art. 1:23 Wft betreft enkel de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling, en – zoals aangegeven door Van Boom in 2006 – kan men er vrede mee hebben dat aldus in de Wft de toepasselijkheid van art. 3:40 lid 2 BW wordt uitgesloten. Van Boom geeft aan dat er in de financiële toezichtwetgeving geen overtredingen lijken te zijn die, gegeven de spanwijdte van alle andere civielrechtelijke remedies, *zonder meer* nietigheid of vernietigbaarheid van de betreffende overeenkomst als sanctie *nodig* hebben. In veel gevallen is nietigheid naar zijn oordeel niet nodig, en in bepaalde gevallen zelfs ronduit ondoelmatig. De aanduiding ‘aantastbaar’ in art. 1:23 Wft moet – aldus de parlementaire geschiedenis – worden verstaan als nietigheid dan wel vernietigbaarheid. Voor alle duidelijkheid: de alternatieven zijn ‘niet mis’: als sanctie op schending van Wft plichten staan cliënten van een financiële dienstverlener die handelt in strijd met de wet naast de genoemde bepalingen ten minste nog open een beroep op dwaling, onrechtmatige daad, wanprestatie, ontbinding en schadevergoeding en de collectieve-actiemogelijkheden, naast ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling.

6.6 Zorg- en informatieplichten van financiële dienstverleners: een zware taak

De zorgplichten van financiële dienstverleners zijn neergelegd in art. 4:18 tot en met 4:27 Wft. Deze bepalingen zijn uitgewerkt in het Bgfo art. 49-63; de financiële bijsluiter is geregeld in art. 4:64-66 Bgfo. Informatieplichten tijdens de looptijd zijn te vinden in art. 67-75 Bgfo, en regels inzake informatieplichten voor de overeenkomst op afstand betreffende financiële diensten (gebaseerd op de EU-richtlijn ter zake) zijn neergelegd in art. 76-80 Bgfo. Dit overzicht is niet uitputtend; er is een reeks aanvullende bijzondere regels. Zo zijn bij financiële transacties via internet (e-commerce) de regelingen gebaseerd op Europese richtlijnen inzake de elektronische handtekening en het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg van toepassing²³⁵; ook deze regels betreffen hoofdzakelijk informatieplichten. Tevens dient herhaald te worden dat het bij dit alles om *bijzondere* zorg- en informatieplichten gaat (de wetgever heeft geen allesomvattende zorgplicht in de Wft willen neerleggen), en dat de algemene regels ten aanzien van zorg- en informatieplichten in het contractuele verkeer onverkort gelden (zij het, aldus wenst de Wft-wetgever, ingekleurd door normen uit de Wft). De uitwerking van deze symbiose²³⁶ vraagt nadere aandacht.

²³³ Indien art. 3:40 lid 2 BW niet van toepassing is, dan is art. 3:40 lid 1 BW evenmin van toepassing zonder bijzondere omstandigheden, die – naar het oordeel van de Wft wetgever (onder verwijzing naar vaste rechtspraak) – dan ook nog zwaarwegend zouden moeten zijn.

²³⁴ Aldus de wetgever, Kamerstukken II 29708, nr. 19.

²³⁵ Kortheidshalve verwijs ik ter zake naar H.P.A.J. Martius, De werking van een verklaring op papier en een elektronische verklaring: bereikt hebben of toegankelijk zijn? NTHR 2005/1, p. 1-12 en dezelfde, Hoe schriftelijk is elektronisch? Over post, e-post en e-akte, WPNR 2007/6710, p. 452-459.

²³⁶ Twee ongelijksoortige organismen leven op of in elkaar tot wederzijds voordeel; het samengaan van Wft en BW kan ook tot een zeugma verworden (‘hier zet men koffie en over’).

Zorgplicht heeft te maken met ‘zorgen’ en krijgt daarmee een sterk ethisch karakter.²³⁷ Zorgen betekent: toezien en moeite doen dat iets geschiedt of onderhouden wordt, waken voor iets. Informeren is het zich verschaffen van kennis. Bij ‘zorgen’ komt direct de gedachte op aan de bescherming van zwakkere partijen in het recht, zoals de consument.²³⁸ Deze gedachte aan ongelijkheidscompensatie als perspectief voor consumentenbeschermende wetgeving wordt echter meer en meer verlaten²³⁹ ten gunste van inzichten die uitgaan van de zelfstandige, redelijk opgeleide en goed-geïnformeerde consument die als marktpartij en burger zelfstandig (verstandige) keuzes kan maken. Dit neemt niet weg dat nog tal van misverstanden bestaan bij aanbieders van producten en diensten, zoals:

1. de (doorsnee) consument kan het zelf;
2. als je maar aardig bent voor de consument, maakt de rest niet uit (‘consumer friendly’);
3. er is maar één soort consument en die weet wat-ie wil, ofwel: alle consumenten willen hetzelfde.

Inzichten ontleend aan de psychologie van besluitvorming²⁴⁰ laten zien dat een financiële dienstverlener bij het uitoefenen van zijn zorg- en informatieplichten te maken heeft met een uiterst complexe werkelijkheid. Een eerste – belangrijke – vaststelling daarbij is natuurlijk dat de ‘financial awareness’ van consumenten te wensen overlaat (en dus verstrekkende gevolgen heeft voor diens ‘empowerment’). Een initiatief als CentiQ van het ministerie van Financiën zou hierbij soelaas moeten gaan bieden. Vooralsnog lijkt de doorsnee consument niet in staat te zijn tot lange-termijnplanning van zijn financieel management. Bij het *zorgen* voor de cliënt speelt nog een aantal andere voorspelbare fouten (‘biases’) een rol. Genoegzaam bekend is dat mensen hun capaciteiten gemakkelijk te hoog aanslaan; dezelfde ‘bias’ maakt dat men liever positieve verhalen hoort dan negatieve. En er is (veel) meer: zelfs als mensen zich bewust zijn van een bepaalde context en beperkte armslag van de wederpartij, houden ze daar bij de beoordeling van diens motieven geen rekening mee (‘fundamental attribution errors’, fundamentele toeschrijvingsfouten). Dit leidt er weer toe dat men geneigd is het eigen gedrag op te vatten als een reactie op het gedrag van de ander, waarbij dat laatste gedrag eerder (sneller) als provocerend wordt gezien (bekend bij internationale conflicten en echtelijke ruzies). Mensen kunnen slecht het gedrag van anderen verklaren en begrijpen slecht hoe ze bij anderen overkomen. Verder kent men de ‘illusion of control’: men overschat systematisch de eigen invloed op belangrijke gebeurtenissen, ook als die in feite door het toeval of door andere factoren worden bepaald.²⁴¹ Overdreven optimisme is evenzeer gevaarlijk sterk aanwezig: een ruime meerderheid beschouwt zichzelf als bovengemiddeld slim, aantrekkelijk en begaafd, en gaat ervan uit dat men een zeer positief

²³⁷ De relatie tussen recht en ethiek ligt ten grondslag aan de diss. Van Tjong Tjin Tai voornoemd.

²³⁸ Zie uitvoerig F.M.A. ’t Hart en C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument – Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?*, preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006, Deventer: Kluwer 2006, waarover W.H. van Boom, C.J.M. van Doorn, S.B. Pape, B. Sujecki en M.L. Tuil, *Informatie en financiële dienstverlening aan consumenten*, TvC 2007-3, p. 75-82.

²³⁹ Zie bijvoorbeeld J.G.J. Rinkes, *European consumer law: making sense*, oratie Maastricht 2005, Zutphen: Uitgeverij Paris 2006.

²⁴⁰ Gegevens ontleend aan de Conferentie Financial Awareness CentiQ-platform, ESB-dossier F. van Raaij 2006, FD 29.3.2007, EZ-conferentie 17.1.2007. De betreffende inzichten worden bovenstaand kort weergegeven. Duidelijk is wel dat marketing werkt met figuren als ‘anchoring’ en ‘hedonic framing’. ‘Anchoring’ (als uitgangspunt een hogere insteek nemen) maakt dat consumenten bereid zijn meer te betalen als ze denken niet ‘de eerste’ te zijn; ‘hedonic framing’ is bruikbaar bij het vergroten van de tevredenheid: verlies moet in één keer worden genomen, voordeel (winst) in kleine stukjes worden uitgegeven aangezien dissatisfactie per eenheid 100 groter is dan satisfactie.

²⁴¹ Bekend is natuurlijk ook het fenomeen van impulsaankopen, belangrijk bij het tegengaan van overkreditering. Regelgeving op dit punt kan ver gaan: de Belgische wetgever was in dit verband begin 2007 voornemens om het kopen van honden en katten op krediet of tegen afbetaling wettelijk te verbieden.

beeld mag hebben van het eigen toekomstig welslagen. Men kan deze waslijst van misvattingen uitbreiden met ‘reactive devaluation’: iets is al snel minder waard omdat de andere partij het heeft voorgesteld. Daarnaast is er natuurlijk nog ‘wishful thinking’. Niet bemoedigend is dat het *wegnemen* van deze ‘biases’ hoogstens tijdelijk werkt.²⁴² ‘Debiasing’ werkt dus korstondig; financieel gedrag is doorgaans geen economisch gedrag. Financiële consumenten gebruiken heuristische, specifieke beslisregels (bijvoorbeeld: dingen weglaten), default-opties (kiezen voor standaard-aanbiedingen), en werken onder invloed van de genoemde ‘biases’ (systematische afwijkingen). Omgaan met stress en emoties is daarbij evenzeer van belang (centrale motieven bij ‘biases’ zijn verliesvermijding, zelfcontrole, tijd voor het maken van keuzes en ‘overconfidence’). Kort gezegd: de financiële consument kiest rationeel, maar niet zelden sub-optimaal, vooral als de situatie te complex is of te weinig transparant. Moderne marketingtechnieken en het falen van marktliberalisering kunnen dit verergeren. De overheid zou daarom bescherming moeten bieden door het opleggen van transparantie, voorlichtingsregels, en het aangeven van standaardwaarden (‘default’-regels).

Niet alle genoemde zinsbegoochelingen en overdrijvingen kunnen worden ondervangen door extra zorg of volledige en juiste informatieverstrekking. Informatie is daarbij complementair aan de zorgplicht: bij zorg wordt moeite gedaan; bij informatie gaat het om het zich verschaffen van kennis en/of inzicht: nasporing, inlichtingen en mededelingen. Een *algemeen kader* voor informatieplichten van dienstverleners is – als gezegd – nog in ontwikkeling.²⁴³ In ieder geval geldt dat dienstverleners een informatieplicht hebben over de eigenschappen en risico’s van de door hen te leveren prestaties. Onder bijzondere omstandigheden hebben dienstverleners algemene waarschuwingsplichten voor risico’s die buiten die prestaties liggen. Daarvan moeten zij zich natuurlijk dan wel bewust zijn. Verder moeten dienstverleners verantwoording afleggen over hun handelen. Informatie over de eigenschappen van een dienst is doorgaans neergelegd in contractuele afspraken, die echter niet altijd even transparant zijn. Het vastleggen van informatie over risico’s is problematisch: welke risico’s zijn typisch, voorzienbaar? Wat zijn de alternatieven? Zijn deze besproken? Welke omvang moet een risico hebben om te worden vermeld? Nog lastiger wordt de informatieplicht in een adviesrelatie: een adviseur suggereert een aanbeveling te kunnen doen voor het nemen van een beslissing; hij suggereert tevens dat hij de afnemer in beginsel alle informatie aanreikt, die deze redelijkerwijs nodig heeft om de beslissing te kunnen nemen. Daaruit vloeien kwaliteitseisen voort, alsmede de plicht tot het profileren van de cliënt, dit alles met op de achtergrond het risico van mogelijk conflicterende belangen en de wenselijkheid te komen tot volledige transparantie omtrent beloningen (en een doorverwijsplicht voor ‘moeilijke kwesties’).

En er is meer: zorgplichten, informatieplichten en zorgvuldigheidseisen hebben evenzeer te maken met het leerstuk onrechtmatige daad.²⁴⁴ Schending van een zorgvuldigheidsnorm hoort

²⁴² Het *afleren* van dergelijk gedrag werkt dus slechts tijdelijk; succes wordt – aldus Amerikaans onderzoek (Stanford) - enkel bereikt bij psychopaten en mensen met een hersenbeschadiging die het centrum gevoel winst-verlies zijn kwijtgeraakt.

²⁴³ Barendrecht/Van den Akker.

²⁴⁴ De problematiek dat een burger in een individueel geval een (z)bo niet kan dwingen tot handelen wordt in de onderhavige publicatie niet verder uitgewerkt (en is voornamelijk enkel in het effectenrecht onder de Wte tot enige ontwikkeling gekomen). In zijn noot onder HR 13 juli 2007, NJ 2007, 504 herhaalt annotator M.R. Mok nog maar eens: ‘Het is buiten kijf dat, zodra de bestuursrechter niet bevoegd is over een geschil tussen bestuur en burger te oordelen, de burger zijn heil bij de civiele rechter kan zoeken, doorgaans met een vordering uit onrechtmatige daad.’

onlosmakelijk bij de materiële vereisten daarvoor. Door de Hoge Raad is in 1919²⁴⁵ de formulering geïntroduceerd ‘handelen of nalaten dat ...indruist hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed’. Beide criteria verwezen naar het ongeschreven recht. In het huidige BW is het criterium ‘strijd met de goede zeden’ niet teruggekeerd in art. 6:162 BW omdat het geen weerklank heeft gevonden in de jurisprudentie en een weinig geslaagde uitdrukking werd geacht voor onbehoorlijk gedrag in het maatschappelijk verkeer. Succes was wél weggelegd voor dat andere criterium, de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Deze omschrijving spreekt voor zich, aldus de wetgever, en behoeft nauwelijks verklaring.²⁴⁶ Dit vereist van financiëledienstverleners oplettend manoeuvreren tussen enerzijds de plicht rekening te houden met de ander (wederpartij), belangen van medemensen²⁴⁷ te ontzien, en anderzijds de vaststelling dat dit *niet* betekent dat daarbij de eigen belangen moeten worden verwaarloosd, *niet* dat de uiterst denkbare zorgvuldigheid moet worden betracht. Voor concrete gevallen betekent dit een afweging van maatschappelijke behoorlijksmaatstaven, maar wie formuleert deze? De normen van de Wft dienen via de toezichthouder AFM te worden overgedragen op vergunninghouders, die deze vervolgens moeten toepassen in concrete relaties met cliënten/consumenten. De invulling daarvan is echter vooralsnog niet helder, en slechts ten dele ingevuld door bijvoorbeeld gedragscodes en andere zelfregulering. Zoals Du Perron reeds aangeeft in zijn noot onder het Rabobank-arrest²⁴⁸: als de regeling in de toezichtwetgeving geen uitzondering toelaat werkt deze direct door in het civiele recht. De Wft biedt het ‘spoorboekje’: naast algemene en bijzondere regels inzake zorgplicht en informatieverstrekking bestaan nauwkeurige regels, zoals bijvoorbeeld art. 6:11 van de Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft: een beleggingsinstelling handelt in het belang van haar cliënten, en geeft bij de uitvoering van de opdrachten van haar cliënten voorrang aan de belangen van cliënten boven haar eigen belang.²⁴⁹ En wat geldt bij fluctuerende, langlopende financiële relaties? Gaat het daarbij om één enkel contract (de financiëledienstovereenkomst), of is sprake van een serie losse contracten en rechtshandelingen met voor elk stadium eigen regels en normen? De kwestie is reeds lang bekend: is sprake van *various single operations or a single complex operation – one entire contract*?²⁵⁰

6.7 Zorgplichten in de rechtspraak

Ter illustratie van de beschreven problematiek is als aanzet tot verdere gedachtevorming een aantal praktijkvoorbeelden²⁵¹ dienstig.

6.7.1 World Online

²⁴⁵ De liefhebber kan de vindplaats (met foto's) bezichtigen in *Trema* oktober 2007 – nr. 8, p. 336-338 (M. Harms).

²⁴⁶ TM, PG 6, p. 614-617, Asser-Hartkamp 4-III infra. Anders: de leer Smits WPNR 3688.

²⁴⁷ HR 15 november 1956, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris-Riezenkamp).

²⁴⁸ HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron.

²⁴⁹ Zie over de zorgplicht van vermogensbeheerders HR 15 december 2006, RvdW 2007, 1.

²⁵⁰ Aldus reeds omschreven in de Engelse zaak *Vigers v Cook* [1919], ironisch genoeg betreffende een lijkst: eiken omhulsel, loden kist en een vergeten ‘funeral pinhole’.

²⁵¹ Ten dele afkomstig van geschillenbeslechtsers en tuchtinstellingen die inmiddels zijn opgegaan in het KiFiD voornoemd. De Dexia-kwestie heeft in dit verband elders al terecht genoegzaam aandacht gekregen, ik noem uit veel publicaties ook nog N. Frenk, *De wet collectieve afwikkeling massaschade en de aandelenlease-affaire*, WPNR 2005/6604, p. 1-23.

Een mooi voorbeeld van algemene interpretatieve kwesties inzake zorgplichten en bijzondere regels voor financiële dienstverleners is te vinden in rov. 4.31.1 van de HR de World Online-zaak:²⁵²

Algemene overwegingen

4.31.1 Met betrekking tot uitlatingen die door of namens de uitgevende instelling, dan wel aan haar toerekenbaar, buiten het prospectus zijn gedaan, kan een eventuele aansprakelijkheid van een bank die de emissie begeleidt slechts gegrond worden op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en niet op art. 6:194 e.v. BW, nu de begeleidende bank die uitlatingen niet zelf heeft gedaan. Daarbij is van belang dat de maatschappelijke functie van de bank een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, en dat de reikwijdte van deze zorgplicht afhangt van de omstandigheden van het geval (vgl. HR 23 december 2005, nr. C04/173, LJN AU3713, NJ 2006, 289). Voor de invulling van deze zorgplicht bij een emissie zal in beginsel - op dezelfde voet als bij de verplichtingen van de bank met betrekking tot de inhoud van het prospectus - uitgegaan moeten worden van de 'maatman-belegger'. Tot de omstandigheden die voor de invulling van deze zorgplicht van belang zijn, behoort in voorkomend geval in het bijzonder dat de bank (zoals hier het geval is bij ABN AMRO en Goldman Sachs) (joint) global coordinator, lead manager en bookrunner is. De bank geeft dan in opdracht van de uitgevende instelling leiding aan het syndicaat van banken dat de emissie begeleidt en is daarbij verantwoordelijk voor de vaststelling van de emissieprijs, voor het verrichten van het due diligence-onderzoek en voor het opstellen en verspreiden van het prospectus. Op haar rust als syndicaatsleider een gehoudenheid om voor zover dat binnen haar invloedssfeer ligt - zoals bij het verrichten van het due diligence-onderzoek en het opstellen van het prospectus - te voorkomen dat bij potentiële beleggers een onjuist beeld van de uitgevende instelling ontstaat.

Het is de vraag of hier nu sprake is van een eigen, enkel voor financiële dienstverleners (banken) geldende zorgplicht, dan wel of sprake is van een bijzondere uitwerking van de algemene zorgplicht die in het maatschappelijk leven betaamt.

In het door de HR in de World Online-zaak genoemde arrest uit 2005²⁵³ wordt op het desbetreffende punt overwogen:

6.3.2 Bij de beoordeling van dit onderdeel moet het volgende worden vooropgesteld. Het hof heeft terecht geoordeeld (rov. 4.30) dat de maatschappelijke functie van de Bank een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval (vgl. HR 9 januari 1998, nr. 16 399, NJ 1999, 285).

Tot die omstandigheden behoort, naar het hof evenzeer terecht heeft geoordeeld, dat de bepalingen van de Wte, blijkens de wetsgeschiedenis, mede strekken ter bescherming van de belangen van de beleggers (rov. 4.22 en 4.30).

Het hof heeft - in cassatie niet of tevergeefs bestreden - vastgesteld dat de Bank op een gegeven moment na opening van de rekening bekend moet zijn geraakt met de beleggingsactiviteiten van Safe Haven, die zij door middel van de rekening op een essentieel onderdeel faciliteerde, en dat zij zich heeft gerealiseerd dat die activiteiten mogelijk in strijd waren met de Wte (rov. 4.29). De Bank had zich als professionele dienstverlener voorts

²⁵² HR 27 november 2009, LJN: BH2162.

²⁵³ HR 23 december 2005, LJN: AU3713, NJ 2006, 289.

moeten realiseren dat van de beleggers in ieder geval een aantal op het terrein van beleggen niet deskundig was (rov. 4.30).

In het genoemde arrest uit 1998²⁵⁴ wordt – in weer geheel andere omstandigheden – de algemene zorgplicht uitgewerkt in een bijzondere zorgplicht voor banken op grond van de overweging:

3.6.2

Het middel strekt ten betoge dat het Hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans in zijn motivering tekortgeschoten is, door hier een waarschuwingsplicht van de Bank aan te nemen. De rechtsklacht faalt. Het Hof heeft terecht geoordeeld dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.

Het Hof heeft geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door — voorshands uitgaande van de veronderstelling dat de Bank zich ervan bewust was, althans behoorde te zijn, dat de beleggingen betrekking hadden op de vermogensbelangen van minderjarigen — te oordelen dat de Bank zich de belangen van Ten Bos c.s. behoorde aan te trekken door tenminste hun wettelijk vertegenwoordigster te waarschuwen toen de Bank constateerde dat de door Ten Cate gegeven opdrachten strijdig waren met het uitgangspunt dat het vermogen van minderjarigen op niet speculatieve wijze behoort te worden belegd. Voor het overige kan 's Hofs oordeel in cassatie niet op juistheid worden getoetst, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard.

Anders dan onderdeel 1 aanvoert, behoeft het Hof zich van het bestreden oordeel niet te laten weerhouden door de omstandigheden dat het niet ging om een rekening als bedoeld in art. 1:350 lid 2 BW en dat Ten Cate handelde als gevolmachtigde van Ten Bos-Mathyi. Ook de in de onderdelen 2, 3 en 4 aangevoerde klachten missen doel voor zover zij de rechtsopvatting van het Hof bedoelen te bestrijden.

Deze genealogische opbouw van het recht inzake de bijzondere zorgplicht van banken is pragmatisch en effectief in die zin dat telkens opnieuw kan worden ingevuld welke (geschreven en ongeschreven) specifieke verplichtingen in de bijzondere omstandigheden van elk geval gelden voor financiële dienstverleners; tevens maakt dit mogelijk dat telkens opnieuw specifieke nadere regels worden gesteld die de privaatrechtelijke aspecten van de relatie tussen cliënt (dan wel derde) en financiële dienstverlener nader invullen. Ook deze aanpak is niet ongebruikelijk, al zou men kunnen opperen dat op dit punt van rechtszekerheid en voorspelbaarheid van privaatrechtelijke toepassing van regels voorfinanciële dienstverlening vooralsnog zelden sprake is. Met name de feitelijke waardering van de omstandigheden van het geval laat zich moeilijk voorspellen.

6.7.2 Overige voorbeelden uit de rechtspraak

In het verzekeringsrecht ligt de lat voor de zorgplicht hoog, met name voor assurantietussenpersonen onder het nieuwe regime van de Wft.²⁵⁵ Gebrek aan transparantie is

²⁵⁴ HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285.

²⁵⁵ Zie over de beroepsaansprakelijkheid van assurantietussenpersonen ondermeer NJ 2006, 657 en 644.

bij verschillende soorten verzekeringen een bron van veel geschillen.²⁵⁶ De Ombudsman Verzekeringen noemt dit²⁵⁷ ‘bepaald ongelukkig’: polisvoorwaarden zijn niet altijd transparant, maar de cliënt/consument neemt vaak nauwelijks kennis van bedingen. In het bekende arrest HR 17 februari 2006, RvdW 205, was aan de orde een verzekering tegen ‘accident’. De verzekeringnemer vorderde dekking omdat – door het in het verkeer brengen van een video met beledigende inhoud – een actie was ingesteld op basis van ‘libel and slander’. Het dispuut met de verzekeraar betrof – kort gezegd – de dekkingsomvang van deze ‘accident’-polis. De Hoge Raad oordeelt dat het hierbij gaat om een afweging die in beginsel van feitelijke aard is, maar waarbij de uitleg van polisbegrippen gebaseerd moet zijn op de Haviltex-formule met de aantekening dat deze mede bepaald wordt door de dienaangaande ter beurze bestaande opvattingen. Wat betekent dit in concreto voor de informatie- en zorgplicht van assuradeuren en tussenpersonen?

Op een bescheidener schaal speelde de zorgplicht van verzekeraars in uitspraak 2005/079 MoT van de toenmalige Raad van Toezicht Verzekeringen. Het betrof een auto met diefstalbeveiliging; krachtens poliswijziging gold voor dekking ‘alarmvereiste SCM klasse 3’. Had – in casu – de tussenpersoon een informeerplicht naar de aard en certificering van de in de auto reeds aanwezige alarminstallatie? De Raad van Toezicht overweegt: in het algemeen brengt de zorgplicht van een tussenpersoon mee dat hij de verzekeringnemer tijdig opmerkzaam maakt op de gevolgen die hem bekend geworden feiten voor de dekking van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen kunnen hebben (onder verwijzing naar HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375). Hieronder valt volgens de Raad van Toezicht ook dat de tussenpersoon de verzekeringnemer uitdrukkelijk moet wijzen op in het polisblad vermelde nieuwe clausules die de dekking beperken.

In DSI-zaken speelden als bekend regelmatig margintekorten een rol. In KCHB 2006-306 ging het om een ‘execution only’- cliënt; in 1990 was deze een forse ‘allowance’ toegekend.²⁵⁸ In 2001 treedt margintekort op. Er worden 6 mogelijkheden geboden om dit op te heffen. Cliënt wenste de effectenportefeuille niet (gedeeltelijk) te liquideren; een tijdelijk rekening-courant krediet wordt voorgesteld, maar niet tijdig gerealiseerd. Er bleek geen behoefte te bestaan aan een renteloos krediet (verhoging van de ‘allowance’) of een rentedragend krediet. De vermogensbeheerder bericht vervolgens dat bij ongedaanmaking van het krediet de marge tussen de dekkingswaarde van de effecten en het verleende VE-krediet bij de stand van de beurs op dat moment ‘flinterdun’ was geworden. Opnieuw worden gesprekken gevoerd, en uiteindelijk worden alle posities gesloten. Er waren tal van onduidelijkheden opgetreden in het onderhandelingsproces, en uiteindelijk staat de vraag centraal of het advies onjuist was. De adviseur had namelijk – daar was men het over eens – het slechtst denkbare scenario geschetst. De klachtencommissie HB oordeelt dat desondanks de zorg van een goed opdrachtnemer was gevolgd: de adviseur mocht afgaan op de inmiddels gewekte indruk dat sprake was van een *ervaren* belegger. Ook in zaak KCHB 2006-165 ging het om de zorgplicht: in 2002 was aan de deelnemer het advies gegeven om alle posities te sluiten gezien de situatie op de beurs en gelet op de in de (toenmalige) Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 neergelegde verplichting tot marginbewaking. De vraag was: is een advies gegeven dat een redelijk bekwame en redelijk handelende adviseur niet had mogen geven. Het antwoord is: nee, met de overweging dat een adviseur niet gehouden is

²⁵⁶ Zie over het consumentenperspectief bij verzekeringen uitvoerig J.G.J. Rinkes en M.L. Hendrikse, Europe and Insurance: the Consumer Perspective, in: J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse (eds.), Europe and Insurance, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, met statistische gegevens over ‘consumer satisfaction’ op de verzekeringsmarkt.

²⁵⁷ Interview Telegraaf 30.1.2007.

²⁵⁸ Voor alle duidelijkheid: een ‘allowance’ is een vorm van kredietverlening op basis van een hypotheekverklaring.

(ervaren) beleggers bij *iedere* onderdekking die zich tussentijds kan voordoen, te waarschuwen. Waar ligt de grens?

6.7.3 Zorgplicht van banken

En wat is de stand van zaken betreffende de zorgplicht van banken? In een art. 81 RO-zaak van 14 juli 2006²⁵⁹ was aan de orde een geschil tussen een bank (ING) en een aantal cliënten over de vraag of de bank in de adviesrelatie tegenover cliënten tekort was geschoten in de nakoming van haar zorgplicht uit hoofde waarvan zij ervan had behoren af te zien met hen effectenbevoorschottingsovereenkomsten te sluiten. Als gezegd, de zaak stuit bij de Hoge Raad af op art. 81 RO; uitgangspunt in eerste aanleg was dat op ING, als op het terrein van effectentransacties bij uitstek deskundig te achten professionele dienstverlener, jegens cliënten een zorgplicht rustte, in aanmerking nemend dat cliënten niet beroepshalve maar als nevenactiviteit in effecten belegden en handelden. ING trad in casu niet op als vermogensbeheerder; de keuze voor de wijze van beleggen, en de gevolgen daarvan kwamen dan ook in beginsel voor rekening van cliënten. Zij kregen ook in hoger beroep nul op het rekest: met name overweegt het hof dat het enkele feit dat een belegging of effectentransactie, ook indien deze door de bank is aangeraden, niet profijtelijk is gebleken of niet het door cliënten verlangde of beoogde resultaat heeft gehad, niet de conclusie wettigt dat ING in haar zorgplicht is tekortgeschoten. Daartoe is vereist, aldus het hof, dat een redelijk handelende en redelijk bekwame beleggingsadviseur niet tot het betrokken advies had kunnen komen, uitgaande van de ten tijde van het geven van het advies bekende, en voor de advisering van de betrokken klant van belang zijnde, feiten en omstandigheden (een wel erg marginale toets, JGJR). De cliënt draagt hiervan de bewijslast, aldus het hof, dat voorts nog van belang acht de wijze van advisering (mondeling en door toezending van documentatie), en de frequentie ervan. In casu was er dus geen reden om aan te nemen dat de zorgplicht geschonden was. In zijn conclusie voor dit arrest verwijst de A-G naar HR 9 januari 1998, NJ 1999. 285 (MeesPierson/Ten Bos) en latere jurisprudentie met dezelfde strekking. In zijn voormelde noot onder het Rabobank-arrest merkt Du Perron nog op dat de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer (2002) weinig ruimte laat voor afwijking, nu deze voor de verplichting tot het sluiten van posities bij margintekort slechts een uitzondering kent ingeval van 'bijzondere omstandigheden'. Volgens Du Perron valt aan te nemen dat de Nadere Regeling direct doorwerkt in de civielrechtelijke zorgplicht, zodat een bank in beginsel in alle gevallen is gehouden de uitvoering²⁶⁰ van optietransacties te weigeren indien de cliënt onvoldoende margin heeft, en bij een later ontstaan margintekort deze posities uiteindelijk binnen 5 werkdagen moet sluiten.²⁶¹

Het uitgangspunt blijft dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De invulling van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.

En hoe lagen de kaarten bij de voormalige Geschillencommissie Banken? In de periode 2001-2005 staat de zorgplicht centraal in 376 van de 1991 uitspraken (bijna 20%, een substantieel deel dat aldus zelfstandige betekenis heeft). Het gaat daarbij om tal van zeer uiteenlopende

²⁵⁹ HR 14 juli 2006, LJN: AX3202.

²⁶⁰ Zie over uitvoering ook A-G Mok voor HR 13 november 1987, NJ 1988, 278.

²⁶¹ Du Perron heeft in dit verband gewezen op het risico van cirkelredeneringen inzake art. 3:40 lid 2 BW, art. 1:23 Wft en de strekking van de Wft, gezien het uitgangspunt: regels van het BW ingevuld met normen uit het gedragstoezicht.

situaties, variërend van (vergeten) spaarbankboekjes, verloren pincodes, tientjestruc en onvoldoende controle (door de bank) van rekeningafschriften.²⁶²

6.7.4 Lagere rechtspraak inzake zorgplichten van financiële dienstverleners (selectie)

6.7.4.1 Effectenlease

In Rechtbank Rotterdam²⁶³ 17 september 2008, LJN: BG4780 was aan de orde de problematiek rond de verantwoordelijkheid van enerzijds de financieel adviseur en anderzijds de aanbieder van effectenlease. In dit geval werd aangevoerd dat het de cliëntenremisier (Wagner & Partners) op basis van de inhoud van de samenwerkingsovereenkomst met de aanbieder niet was toegestaan om productadvies te geven, dat geen sprake zou kunnen zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid van de effecteninstituten en de tussenpersoon (Aegon) aangezien deze de voor haar geldende gedragsregels niet had nageleefd, alsmede dat de tussenpersoon daarmee ook onrechtmatig had gehandeld jegens Wagner & Partners. De rechtbank wijst erop dat Wagner & Partners niet enkel als cliëntenremisier optrad, maar ook als financieel adviseur in deze zaak. Als zodanig had zij cliënten ‘volledig en correct’ moeten inlichten omtrent het geadviseerde product. Onduidelijk is welke contractuele verplichtingen door Aegon niet zouden zijn nageleefd, en – aldus de rechtbank – Wagner & Partners ‘kan in redelijkheid niet hebben gemeend dat het haar op grond van de samenwerkingsovereenkomst met Aegon verboden was deugdelijk te adviseren (hetgeen overigens ook niet in de samenwerkingsovereenkomst als standaardovereenkomst verboden was; een toelichting mocht worden verstrekt, mits deze niet strijdig was met de inhoud van de onderliggende brochures). Gesteld was dat Aegon het product wel zou hebben uitgelegd, maar niet gesteld was dat de adviseur daar op had vertrouwd. Het beroep op artikel 6:101 BW wordt afgewezen en inzake de gestelde normschending door Aegon wordt overwogen dat handelen van Aegon in strijd met de (toenmalige Wte) normen niet strekt tot bescherming van de schade zoals de adviseur die zou kunnen lijden. Voorzover sprake zou kunnen zijn van onbetamelijk handelen van Aegon jegens Wagner & Partners wordt overwogen dat laatstgenoemde in haar hoedanigheid van financieel adviseur en als cliëntenremisier de door Aegon aangeboden producten kende, en zij er tevens van op de hoogte was welke informatie aan cliënten werd verstrekt. Indien Wagner & Partners de omtrent financiële producten van Aegon ongenoegzaam achtte, had zij zelf maatregelen kunnen en moeten nemen om te voorkomen dat daardoor schade voor haar cliënten zou (kunnen) voortvloeien. Zie in dezelfde kwestie ook Rechtbank Rotterdam 25 juni 2008, LJN: BD7290 waarin betreffende de vraag of Wagner & Partners bij de advisering van het financiële plan als een redelijk handelend en bekwaam financieel adviseur hadden gehandeld, een fraai en gedetailleerd concept van de vraagstelling aan de deskundige wordt geformuleerd (rov. 3.5).

In Rechtbank Rotterdam 20 mei 2009, LJN: BI8658 (vrijwaringszaak, beleggingsverzekering) ging het eveneens om schending van de zorgplicht bij effectenlease. Onder verwijzing naar de uitspraken van de Hoge Raad ter zake mogen partijen zich nader uitlaten. In de zaak werd gesteld dat het van algemene bekendheid is dat beleggen risico's met zich brengt, en dat in de brochures was gewaarschuwd voor de risico's. De rechtbank overweegt voorts: ‘Waarschuwingen in meer of minder algemene bewoordingen voor risico's verbonden aan het

²⁶² Zie bijv. BAN 05-0954. Vgl. over de rol van algemene voorwaarden bij de geschillenbeslechting door SGC-geschillencommissies W.H. van Boom, M.B.M. Loos, J.M.P. Verstappen, J.G.J. Rinkes, onderzoek in opdracht van het ministerie van EZ 2007, gepubliceerd op de site www.minez.nl.

²⁶³ Voor alle duidelijkheid: ik was niet betrokken bij enige hier genoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam of het Gerechtshof te Arnhem.

beleggen in effecten kunnen echter niet als een uitdrukkelijke en niet mis te verstane waarschuwing voor de voornoemde risico's worden beschouwd omdat die risico's daarin niet specifiek worden genoemd. Dergelijke, overwegend algemeen geformuleerde waarschuwingen miskennen dat juist de bescherming van afnemers tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht, vereist dat uitdrukkelijk en ondubbelzinnig op de specifieke risico's van de desbetreffende keuze wordt gewezen. Dat de constructie op zichzelf beschouwd destijds gangbaar was maakt dit niet anders', en 'Bij conclusie van dupliek heeft Rijnmond aangevoerd dat [eiser] zich in de materie had verdiept en weloverwogen zijn keus heeft bepaald, na met Rijnmond te hebben gesproken over de risico's, maar hieruit blijkt niet dat Rijnmond heeft voldaan aan de hiervoor omschreven waarschuwingsplicht. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de waarschuwingsplicht mede tot bescherming strekt van personen van wie de inspanningen tot doorgronding van de betrokken overeenkomst zonder vrucht blijven dan wel tot een onjuist of onvolledig begrip van hun verplichtingen en risico's uit die overeenkomst leiden.'

6.7.4.2 Spaarbeleg

Een interessante constructie was aan de orde in Rechtbank 's-Gravenhage 10 maart 2010, LJN: BL9733 (Spaarbelegovereenkomst). Het onderhavige VermogensPlan was een vorm van een spaarkasovereenkomst waarbij een groep personen gezamenlijk ging beleggen en het opgebouwde vermogen op een afgesproken datum verdeeld zou worden tussen degenen die dan nog in leven zouden zijn. Een spraakasovereenkomst wordt gesloten op het leven van een bepaalde persoon. Als deze persoon/deelnemer tijdens de looptijd van de spaarkasovereenkomst komt te overlijden, komt de spaarkasinschrijving te vervallen en volgt dus geen uitkering op de einddatum (ten gunste van de overige deelnemers). De uitkering op de einddatum bestaat aldus uit twee onderdelen: de waarde van de beleggingen op de einddatum en de overlevingswinst. Na overleg over de hoogte van de premie voor het overlijdensrisico met de Stichting Spaardersbelangen en de Consumentenbond is een regeling getroffen. De klacht in de onderhavige zaak was dat cliënten niet deugdelijk waren geïnformeerd over de overlijdensrisicoverzekering en de daaraan verbonden kosten. De onderliggende prospectus spaarkasovereenkomsten was niet aan cliënt ter beschikking gesteld. Uit de overige documenten was kenbaar dat netto-rendementen waren opgenomen gebaseerd op de overlijdensrisicopremie van een 'maatman', zonder inzicht in de werkelijke hoogte van de premie. Voorts werd aangevoerd dat ter zake geen polis was verstrekt. Naar het oordeel van de rechtbank wordt terecht aangevoerd dat de aanbieder in zoverre is tekortgeschoten in zijn zorgplicht en dat de verstrekte informatie onvolledig is geweest. Een succesvol dwalingsberoep is dan aan de orde, zij het dat dit in het onderhavige geval gezien de omstandigheden (expiratie) niet meer aan de orde is. Ontbinding lijkt niet gerechtvaardigd in dit 'spiegelbeeld' van het beroemde Benzolarrest.²⁶⁴

6.7.4.3 Hypotheekadvies

De zorgplicht van de hypotheekadviseur was aan de orde in Rechtbank Rotterdam 24 mei 2006, LJN: AX6820. In geschil was de aard van de relatie tussen partijen en de mate van advisering door de hypotheekadviseur Timmers (die had betwist dat hij eisers de belegging had geadviseerd en dat zij op grond daarvan hadden geadviseerd in de belegging). Er was een Profitplan aangegaan met New World Products (na betaling van een bedrag aan NWP was het recht van verhuur aangeschaft over een geregistreerde hoeveelheid landbouwgrond). NWP

²⁶⁴ HR 16 januari 1959, NJ 1960, 46.

mocht op grond van het toenmalige artikel 3 Wte geen effecten aanbieden, zij het dat partijen zich daarover nog nader mochten uitlaten. De rechtbank overweegt dat van een adviseur kan verwacht worden dat hij voldoende onderzoek doet naar alle relevante omstandigheden die van belang kunnen zijn bij zijn advisering. Het raadplegen van het register van toegelaten beleggingsinstellingen van de Autoriteit Financiële Markten valt daar ook onder. Door dit register niet te raadplegen, althans [eisers] niet in te lichten dat NWP / TN geen vergunning bezat, heeft Timmers onzorgvuldig gehandeld. Voor de schade die [eisers] door dit onzorgvuldig handelen hebben geleden, is Timmers in beginsel aansprakelijk voor de door [eisers] geleden schade. Omtrent het causaal verband volgt nog informatie van partijen (getuigenverhoor).

In Rechtbank Rotterdam 25 maart 2009, LJN: BI2241 (voorlopige voorziening) was sprake van een bijzondere verkooptechniek (handelspraktijk): naar aanleiding van een telefoontje thuis van de hypotheekadviseur werd door eisers een nieuwe, veel hogere hypotheek afgesloten. Mogelijk was sprake van strijd met artikel 4:74 Wft, dan wel met de Colportagewet. In oktober of november 2007 heeft Hypotheekpad telefonisch contact opgenomen met [eisers]. Tijdens dit telefoongesprek heeft eiseres [2] aan Hypotheekpad meegedeeld dat zij lijdt aan een ernstige ziekte. Naar aanleiding van het telefoongesprek is een medewerker van Hypotheekpad bij eisers op bezoek geweest. Tijdens of na dit bezoek heeft Hypotheekpad aan eisers een regeling gepresenteerd, inhoudende dat zij een nieuwe hypotheek zouden sluiten van € 240.000,- tegen een rente van 5,7% waarmee de huidige hypotheek van € 68.243,06 zou worden afgelost en een bedrag van € 140.000,- tegen een rente van 4% aan Hypotheekpad zou worden uitgeleend. Het restant (ongeveer € 30.000,-) zou direct ten goede aan eisers komen. Met deze regeling zijn [eisers] akkoord gegaan. Niet ter discussie stond dat het huisbezoek is gevolgd op het telefoongesprek op initiatief van Hypotheekpad (van belang voor toepassing van de Colportagewet). Daarmee is echter nog niet gezegd dat Hypotheekpad eisers ook tot het aangaan van de onerhavige overeenkomst heeft bewogen. Een dwalingsberoep of handelen in strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt in een voorlopig oordeel afgewezen aangezien het er op lijkt (gezien de feiten) dat geen mededelingsplichten geschonden waren. Het debat wordt vervolgd in de hoofdzaak.

In Hof Amsterdam 18 augustus 2009, LJN: BJ5445, was sprake van een beleggingshypotheek. Het hof oordeelt (rov. 4.10): ‘Het is, en was reeds in 2000, een feit van algemene bekendheid dat het beleggen in effecten een risico van vermogensverlies met zich brengt (door waardedaling van de effecten waarin is belegd ten opzichte van hun aankoopprijs) en een risico dat het beoogde rendement niet wordt behaald. G/B mocht er daarom vanuit gaan dat [appellant] en [toenmalige echtgenote van appellant] – ook als zij hierop niet met zoveel woorden zijn gewezen en ongeacht of de bijzonderheden van de onder 4.2 bedoelde profielen met hen zijn besproken - met deze risico’s bekend waren toen zij de overeenkomsten met AMEV en KBW aangingen, temeer nu zij in de overeenkomsten met KBW (in artikel 5) uitdrukkelijk hebben verklaard “zich ten volle bewust te zijn van de risico’s verbonden aan het verrichten van beleggingstransacties met name in optie en/of termijntransacties en (...) deze te aanvaarden”.’ Naar het oordeel van het hof kan in het midden blijven of bedoeld was woonlasten te verlagen, of het vrij besteedbare vermogen te verhogen. Een en ander brengt mee dat de aanbieder er vanuit mocht gaan dat appellanten de bedoelde risico’s ‘voor lief namen’ toen zij de overeenkomsten aangingen. De stelling dat een vast jaarlijks rendement van 7% zou zijn gegarandeerd ontbeert voldoende feitelijke onderbouwing, aldus het hof (er was een gemiddeld jaarlijks beleggingsrendement als

uitgangspunt genomen bij de voor de totstandkoming van de overeenkomst opgestelde berekening).

Rechtbank Rotterdam 20 januari 2010, LJN: BL3897, betreft de zorgplicht van de bank bij het sluiten van een hypotheekovereenkomst met overlijdensrisicoverzekering. De bank, Postbank Leven, erkende dat een medewerker van haar, zonder overleg te hebben gevoerd met eiseres en toenmalige echtgenoot, de aanvraag overlijdensrisicoverzekering eigenhandig was gewijzigd, maar stelt zich op het standpunt dat de gevolgen hiervan haar niet vallen aan te rekenen. Volgens Postbank Leven heeft haar medewerker begrijpelijkerwijze gemeend dat de aanvraag overlijdensrisicoverzekering onjuist was ingevuld, omdat daarop bij het hypotheekdeel van f 230.000,-- "Aflossingsvrij" was aangekruist, terwijl eiseres en toenmalige echtgenoot op 25 juli 2000 de overeenkomst tot het sluiten van een hypotheek bestaand uit een annuïteitendeel van f 80.000,-- en een kredietdeel van f 230.000,-- hadden ondertekend. De rechtbank volgt Postbank Leven in haar verweer op dit punt niet. [eiseres en toenmalige echtgenoot] hebben een overlijdensrisicoverzekering aangevraagd die 100% dekking biedt voor de gehele hypothecaire geldlening, die volgens de aanvraag overlijdensrisicoverzekering bestaat uit een aflossingsvrij deel (f 80.000,--) en een annuïteitendeel (f 230.000,--). Deze aanvraag komt niet overeen met de door [eiseres en toenmalige echtgenoot] ondertekende hypotheekofferte, waarin sprake is van een kredie hypotheekdeel van f 230.000,-- en een aflossingsvrij hypotheekdeel van f 80.000,--. De hypotheekaanvraag van 12 juli 2000 biedt op dit punt geen duidelijkheid, omdat daarin de begrippen aflos(sings)vrij, annuïteit en krediet(hypotheek) worden gebruikt, terwijl een hypotheek wordt aangevraagd die uit twee delen bestaat (groot f 80.000,-- en f 230.000,--). Het voorgaande brengt mee dat (de medewerker van) Postbank Leven niet had mogen aannemen dat de aanvraag overlijdensrisicoverzekering abusievelijk onjuist was ingevuld. Het had, integendeel, op de weg van Postbank Leven gelegen om op dit punt contact op te nemen met [de vennootschap] en/of [eiseres en toenmalige echtgenoot] en/of Postbank N.V. Dat zij dit heeft nagelaten valt Postbank Leven aan te rekenen. Voorts overweegt de rechtbank dat eiseres en toenmalige echtgenoot niet voor de in werkelijkheid door hen gesloten hypotheekovereenkomst met Postbank N.V. zouden hebben gekozen, indien zij op de hoogte waren geweest van de specifieke aard van deze hypotheek en van het ontbreken van de mogelijkheid om een overlijdensrisicoverzekering af te sluiten die dekking biedt voor de volledige hypothecaire geldlening. Gelet op een en ander heeft de bank de op haar rustende zorgplicht jegens eiser geschonden.

In Rechtbank Rotterdam 17 maart 2010, LJN: BL8907, was sprake van een koopovereenkomst inzake een pand dat in de zes maanden voorafgaand aan de levering onderwerp was geweest van meer dan één levering. De rechtbank oordeelt dat sprake was van een professioneel hypotheekadviseur. Eiseres had met deze adviseur (Woonvisie Hypotheken) een overeenkomst gesloten, waarbij aan Woonvisie Hypotheken opdracht was gegeven te bemiddelen bij het verkrijgen van hypothecaire financiering voor de woning. Als maatstaf voor het handelen van Woonvisie Hypotheken heeft te gelden, aldus de rechtbank, of zij bij haar werkzaamheden de zorg van een redelijk handelend en redelijk bekwaam hypotheekadviseur heeft betracht (artikel 7:401 BW). In dat kader is de rechtbank van oordeel dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam hypotheekadviseur mag worden verwacht dat deze deskundig is, de nodige vakkennis heeft en op de hoogte is van het bestaan van bepaalde regelmatig door banken gebruikte clausules en acceptatievoorwaarden. Om die reden ligt het op de weg van Woonvisie Hypotheken om in het kader van een gemotiveerde betwisting van haar aansprakelijkheid uiteen te zetten dat zij niet ervan op de hoogte was of behoefde te zijn dat de bank het onder bedoelde onderzoek zou verrichten, bijvoorbeeld

omdat sprake is van een hoogst ongebruikelijk onderzoek, of van een onderzoek dat normaal gesproken niet wordt verricht bij woningen als de door [eiseres] te verwerven woning. Woonvisie Hypotheken heeft aan deze verzwaarde stelplicht niet voldaan. Zij heeft zich weliswaar op het standpunt gesteld dat haar niet kan worden toegerekend dat de bank op 15 september 2008 liet weten dat de financiering akkoord is en vervolgens dat akkoord intrekt, maar zij heeft niet gemotiveerd gesteld waaróm haar dat niet kan worden toegerekend. De rechtbank verbindt hieraan de consequentie dat voorshands, behoudens tegenbewijs, vaststaat dat Woonvisie Hypotheken er medio juli 2008 van op de hoogte was althans behoorde te zijn dat de bank nader onderzoek zou verrichten als woningen als de door [eiseres] te verwerven woning in de zes maanden voorafgaand aan de levering onderwerp zijn geweest van meer dan één levering. Woonvisie Hypotheken zal in de gelegenheid worden gesteld tegenbewijs te leveren.

Ook in de Rechtbank Rotterdam (31 maart 2010, LJN: BM0494) was sprake van tekortschieten van een hypotheekadviseur (Hypotheekshop). De rechtbank is van oordeel dat van de Hypotheekshop als professioneel hypotheekadviseur mocht worden verwacht dat zij, na de afwijzing van door Interlloyd, gelet op de haar bekende belangen van eisers bij het tijdig verkrijgen van financiering voor de aankoop van de woning, zou hebben getracht op de kortst mogelijke termijn de financiering rond te krijgen, en in dat kader eisers een duidelijk stappenplan zou hebben gepresenteerd, met de nodige voortvarendheid een overlijdensrisicoverzekering voor eiser (sub 1) zou hebben aangevraagd bij een of meer andere maatschappijen en dat zij [eisers] adequaat op de hoogte zou hebben gehouden van het verloop van deze aanvraag. Aan deze verplichtingen heeft de Hypotheekshop niet voldaan. De Hypotheekshop is daarmee tekortgeschoten in de nakoming van de met eisers gesloten overeenkomst. Deze tekortkoming kan de Hypotheekshop worden toegerekend, nu deze is te wijten aan haar schuld. Deze tekortkoming heeft ertoe geleid dat, gelijk eisers hebben betoogd, zij minstgenomen in onzekerheid verkeerden of de Hypotheekshop erin zou slagen tijdig de voor het transport van de woning benodigde financiering rond te krijgen en dat zij om die reden, in verband met het feit dat zij na 7 september 2008 nog maar enkele weken hadden tot de overeengekomen datum voor het transport van de woning, zelf op zoek zijn gegaan naar (alternatieve) financiering, waarbij alleen nog financiering tegen een rentepercentage van 5,9% kon worden verkregen. De toerekenbare tekortkoming heeft aldus geleid tot schade aan de zijde van eisers. De Hypotheekshop had (tevergeefs) ook nog betoogd dat “haar strategie was om gericht te werken en niet met hagel te schieten”.

6.7.4.4 Woekerpolis

Inzake de woekerpolis-affaire bestaat veel rechtspraak. Verwezen wordt onder meer naar Rechtbank Utrecht 13 mei 2009, LJN: BI3568 (Koersplandewegkwijt). De rechtbank komt tot het oordeel dat ten aanzien van de Koersplanovereenkomsten die zijn aangevangen tussen 1991-1998 er geen wilsovereenstemming bestond over de hoogte van de premie van de overlijdensrisicoverzekering. Op verzoek van beide partijen heeft de rechtbank de hoogte van de premie alsnog vastgesteld. Hierbij hebben de uitgangspunten uit de Aanbeveling van maart 2008 van de Ombudsman Financiële Dienstverlening een rol gespeeld. Volgens de Aanbeveling mag de premie niet hoger zijn dan de premie voor een vergelijkbaar risico bij een zelfstandige risicoverzekering. Het door Koersplandewegkwijt aangevoerde voorbeeld van een andere verzekering, waarbij de premie 1,66% bedroeg in plaats van 11,90% van het Koersplan, is door Spaarbeleg in onvoldoende mate weersproken. Ook heeft Spaarbeleg onvoldoende inzicht gegeven in de inrichting van het product. Dit betekent dat Spaarbeleg de Koersplanovereenkomsten uit die periode moet herberekenen waarbij als uitgangspunt een

premie van 1,66% heeft te gelden. De vordering inzake misleiding is door de rechtbank afgewezen omdat door de premievaststelling een mogelijke misleiding is weggenomen. De rechtbank wijst erop dat het vonnis uitsluitend geldt tussen stichting Koersplandwegkwijt en Spaarbeleg omdat het om een collectieve actie gaat. De individuele deelnemers kunnen zich dus niet rechtstreeks op het vonnis beroepen.

6.7.4.5 Unit linked producten

Rechtbank Amsterdam (voorzieningenrechter) 22 mei 2008, LJN: BD3464, betrof een vrijwaringszaak en de problematiek van afgebroken onderhandelingen inzake Unit Linked producten. Hierbij komen de onderwerpen ‘due diligence’ en transparantie aan bod. In de biedingsbrief van Delta Lloyd van 28 september 2007 was een open clause opgenomen waarin Delta Lloyd te kennen gaf bereid te zijn de SPA te ondertekenen onder voorbehoud dat overeenstemming kon worden bereikt over eventuele additionele vrijwaringen en garanties als resultaat van een pre-closing due diligence onderzoek. Ook staat in de biedingsbrief dat de gedetailleerde informatie over de Unit Linked producten nader onderzocht diende te worden en dat als de uitkomst van nader onderzoek niet bevredigend was Delta Lloyd verwachtte dat eiser bereid zou zijn additionele vrijwaringen en/of garanties te verstrekken. De bij de biedingsbrief bijgesloten mark up van de SPA noemt een vrijwaring die onbeperkt is, zowel in tijd als geld. Niet aannemelijk is geworden dat bij eiser gezien de biedingsbrief vóór 11 december 2007 een gerechtvaardigd vertrouwen is ontstaan dat de vrijwaring in verband met de Unit Linked producten een ondergeschikt punt zou zijn en een onderzoek naar de Unit Linked producten zich alleen zou beperken tot het risico in verband met een eventueel gebrek aan transparantie en/of het niet naleven van de zorgplicht in het verleden. Ter zitting hebben twee personen verklaard dat de vrijwaring in volle omvang steeds in de gesprekken tussen partijen aan de orde kwam en niet over een beperking van het onderzoek tot transparantie en zorgplicht is gesproken. Uit de e-mail van 12 december 2007 kan worden afgeleid dat eiser ervan uitging dat over de inhoud van de koopovereenkomst nog onderhandeld diende te worden en hij daarbij zijn concept-koopovereenkomst als uitgangspunt wilde nemen. Er zijn geen feiten of omstandigheden aannemelijk geworden die tot de conclusie kunnen leiden dat eiser er op 11 december 2007 op mocht vertrouwen dat de vrijwaring van de Unit Linked producten beperkt zou zijn. Dat er op 31 december 2007 feitelijk door de drie medewerkers van Delta Lloyd alleen onderzoek is gedaan naar de transparantie, doet hier niet aan af. In een latere fase van de onderhandelingen heeft ook eiser zelf meegedeeld dat hij het begrijpelijk vond dat Delta Lloyd nog meer onderzoek wilde verrichten. Ook aan de omstandigheid dat de compliance officer van Delta Lloyd per e-mail van 20 december 2007 aan Robein inzage verzocht in documenten die betrekking hadden op transparantie, kan niet de conclusie worden verbonden dat geen ruimer onderzoek zou worden verricht. Bij het voorgaande komt dat er in niet afnemende mate al enkele jaren veel aandacht was voor de Unit Linked problematiek en diverse toezichthouders zich daarmee bezighielden. De hoge risico's verbonden aan de Unit Linked polissen namen niet af. Eiser heeft dan ook in redelijkheid moeten begrijpen, aldus de rechtbank, dat Delta Lloyd, zolang zij niet expliciet daarvan afstand deed, deze risico's wilde afdekken. De rechtbank overweegt dat eiser nadat de koopprijs was overeengekomen nog een voorstel van Delta Lloyd kon verwachten dat niet slechts beperkt was tot het risico dat werd gelopen vanwege een gebrek aan transparantie en zorgplicht in het verleden ten aanzien van de Unit Linked producten en diende zich te realiseren dat voor Delta Lloyd algehele vrijwaring uitgangspunt was.

6.7.4.6 Handelssysteem en open end beleggingsfondsen

In Rechtbank Rotterdam (voorzieningenrechter) 23 juni 2009, LJN: BJ3590, was aan de orde doorwerking van het handelssysteem (open end beleggingsfondsen in individuele verzekeringsovereenkomst). Het betrof het volgende probleem: vast stond dat eiser op grond van de polisvoorwaarden en de VvV bevoegd was om in een bepaald beleggingsfonds ten behoeve van hem uitstaande participaties geheel of gedeeltelijk te doen omzetten in participaties in een of meer andere beleggingsfondsen. Die omzettingsverzoeken werden afgewikkeld tegen de participatiewaarde geldend op de eerstvolgende werkdag na ontvangst van een dergelijk verzoek door NN. Sinds 1998 wordt de participatiewaarde dagelijks vastgesteld na sluiting van de relevante beurzen. Voorts staat vast dat partijen in 1998 hebben afgesproken dat NN de omzettingsverzoeken die zij van eiser ontving op een werkdag vóór 24.00 uur, zou afwikkelen tegen de participatiewaarde van de volgende werkdag. Eiser heeft in de periode van 1998 tot 1 maart 2009 vele omzettingsverzoeken aan NN heeft gedaan die hij per fax indiende en steeds na sluiting van de relevante beurzen. NN heeft deze omzettingsverzoeken steeds conform voornoemde afspraak uit 1998 afgewikkeld. De vraag is nu echter of eiser erop mocht vertrouwen dat die afspraak uit 1998 voor onbepaalde tijd zou gelden. Voor de beantwoording van die vraag komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden in het kader van de gehele overeenkomst redelijkerwijs aan die afspraak mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, aldus de voorzieningenrechter. Het enkele ontbreken van een uitdrukkelijke tijdslimiet brengt niet mee dat partijen over en weer aan die afspraak, ongeacht de verdere inhoud van de overeenkomst, redelijkerwijs geen andere zin mochten toekennen dan dat NN zich voor altijd had verbonden om de omzettingsverzoeken van eiser ingediend op een (werk)dag per fax voor 24.00 uur af te wikkelen tegen de participatiewaarde van de volgende (werk)dag, en dat dit slechts anders zou zijn indien een uitdrukkelijke tijdslimiet noodzakelijk zou voortvloeien uit de ondubbelzinnige strekking van de afspraak. (HR 18 november 1983, NJ 1984, 272). Voorshands is naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk dat eiser er in 1998 reeds van op de hoogte was dat NN bezwaar zou hebben tegen vormen van beleggen waarbij eiser 'sturend' zou kunnen handelen. De afspraak die partijen in 1998 hebben gemaakt, is immers het resultaat van overleg tussen partijen over de door NN gewenste verschuiving van het tijdstip van de vaststelling van de participatiewaarde. NN wilde dat tijdstip verschuiven, omdat haar was gebleken dat het vaststellingstijdstip van de participatiewaarde aan de verzekeringnemer de mogelijkheid bood om bij uitoefening van het recht van omzetting 'sturend' te handelen. De verzekeringnemer kon namelijk zijn beslissing om al dan niet te switchen baseren op reeds bekende koersontwikkelingen. Daar komt bij dat uit de onweersproken inhoud van de brief van NN aan eiser van 15 december 1998 blijkt dat NN aanvullende maatregelen zou treffen indien op enig moment zou blijken dat eiser, door na 16.30 uur te faxen, nog steeds 'sturend' zou kunnen handelen. Onder die omstandigheden mocht eiser er vooralsnog niet op vertrouwen dat de tussen hem en NN in 1998 (nader) gemaakte afspraak, op grond waarvan hij omzettingsverzoeken kon indienen nadat hij kennis had genomen van de beursslotkoersen die bepalend zouden zijn voor de participatiewaarde waartegen zijn omzettingsverzoeken zouden worden afgewikkeld, voor onbepaalde tijd zou gelden. De omstandigheid dat NN in haar brief van 9 november 1998 heeft gegarandeerd dat zij omzettingsverzoeken op enige werkdag ontvangen zou afwikkelen op basis van de beursslotkoersen van diezelfde dag, maakt dat niet anders. Daarnaast geldt volgens de voorzieningenrechter dat de verhouding tussen partijen niet alleen wordt bepaald aan de hand van wat zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, maar ook wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Op grond van art 3:12 BW moet daarbij rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Voorshands acht de voorzieningenrechter is

voldoende aannemelijk dat de in Nederland heersende maatschappelijke opvatting over de wijze waarop beleggers en beleggingsfondsen met elkaar om dienen te gaan om oneigenlijke handelsmogelijkheden bij openend beleggingsfondsen te voorkomen, tot uiting komt in het in 2007 ingevoerde handelssysteem. Uit de onweersproken inhoud van de door NN in het geding gebrachte stukken is genoegzaam gebleken dat het tot 2007 geldende handelssysteem een complex karakter had met alle kwetsbaarheden van dien. Vanwege de behoefte aan een transparanter en efficiënter handelssysteem, dat bovendien zou aansluiten bij de handelssystematiek die in Europa gangbaar is, hebben de Dutch Fund and Asset Management Association, de Nederlandse Vereniging van Banken en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan de hand van de aanbevelingen van de door de AFM ingestelde commissie 'Modernisering Beleggingsinstellingen' het nieuwe handelssysteem ontwikkeld. Voorshands is voldoende aannemelijk dat dit nieuwe handelssysteem wordt voorgeschreven door de AFM en dat inmiddels alle open-end beleggingsfondsen, waaronder de fondsen waarin eiser kan participeren, het nieuwe handelssysteem toepassen. De omstandigheid dat de beleggingsfondsen waarin eiser kan participeren daartoe niet verplicht zijn, omdat zij vrijgesteld zijn van toezicht op grond van de Wft, doet daar naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet aan af. Het voorgaande in aanmerking genomen is de voorzieningenrechter van oordeel dat de regels van het nieuwe handelssysteem doorwerken in de rechtsverhouding tussen NN en eiser en dat de handelwijze van NN inhoudende dat zij omzettingsverzoeken ontvangen ná 16.30 uur (en voor wat betreft het Verre Oosten Fonds ontvangen ná 9.00 uur) afwikkelt tegen de participatiewaarde die twee werkdagen later geldt, derhalve niet in strijd is met de tussen partijen geldende overeenkomst. De vordering van wordt daarom afgewezen.

6.7.4.7 Beroepsfout en kwade kansen

Uit Gerechtshof Arnhem 10 maart 2009, LJN: BI2496 (assurantietussenpersoon, brand in een verzekerd pand, verzekering bevat leegstandclausule, leegstand/ingebruikname was niet gemeld) is met name interessant de overweging (rov. 4.7) dat, naar het hof uitspreekt anders dan geïntimeerde kennelijk betoogt, bij onzekerheid over het causale verband tussen een beroepsfout en geleden schade, in beginsel geen aanleiding is de kwade kansen eenzijdig voor rekening te brengen van degene die de beroepsfout heeft gemaakt. Geïntimeerde heeft geen onderbouwing gegeven waarom dat in dit geval anders zou moeten zijn. Louter de stelling dat geïntimeerde door de fout van de Rabobank de mogelijkheid is ontnomen te onderzoeken of Interpolis de bedrijfshal in verzekering zou hebben genomen, is daarvoor onvoldoende. In het kader van een kort geding, waarin de veroordeling tot voldoening van een geldsom wordt gevorderd, geldt verder dat de goede kansen aanzienlijk zwaarder dienen te wegen dan de kwade. Alleen dan is immers voldoende aannemelijk dat causaal verband bestaat tussen de fout en geleden schade, aldus het hof.

6.7.4.8 Uitspraken Kifid

6.7.4.8.1 Defensief profiel?

Uit Kifid-zaken noem ik nog de Uitspraak Geschillencommissie financiële dienstverlening nr. 52 van 23 maart 2010. In deze zaak was de consument op zoek naar een obligatielening met een hoog rendement, hetgeen bleek uit zijn voorstel om de uit de aflossing van een staatsobligatie vrijkomende gelden te herbeleggen in een 6% Merrill Lynch steepener. Dit voornemen bleek tevens uit het gegeven dat de consument in de periode 2004-2006 ieder kwartaal schriftelijk door de aangeslotene was gewaarschuwd dat zijn portefeuille offensiever

was dan het daarvoor vastgestelde (defensieve) profiel. De consument had deze waarschuwing stelselmatig genegeerd, en daardoor zijn portefeuille bewust aan grotere risico's blootgesteld dan op basis van zijn profiel wenselijk was, aldus de Geschillencommissie. Een deel van het door de consument ondervonden nadeel komt dan ook voor zijn rekening (artikel 6:101, eerste lid BW). De Geschillencommissie overweegt nog dat, hoewel de op een professionele aanbieder van een financiële dienst rustende zorgplicht er mede toe strekt de particuliere, niet professionele, wederpartij te behoeden voor diens eigen ondeskundigheid en onachtzaamheid, in dit specifieke geval de tekortkoming van de consument even zwaar moet wegen als de tekortkoming van de aangeslotene (die een advies had gegeven dat niet van een redelijk en bekwaam handelend adviseur had mogen verwacht, met name gezien de defensieve beleggingsportefeuille met pensioendoelstelling). Anders lagen de kaarten in de Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 21 van 8 februari 2010. De consument had met aangeslotene een overeenkomst tot effectendienstverlening gesloten, met defensief beleggingsprofiel (met bijbehorende verdeling 75% obligaties, 20% aandelen en 5% vastgoed). Tussen partijen bestond een adviesrelatie. De consument stelt aangeslotene bij herhaling te hebben laten weten dat zij geen enkel risico wenste te lopen met haar vermogen, en daarom niet wilde beleggen. Het voorstel was beleggen voor 80% in obligaties en 20% in aandelen, zodat geen vrees hoefde te bestaan voor waardedaling. Op verzoek van de consument worden deze percentages veranderd in 15% aandelen en 85% obligaties. Binnen een jaar na aankoop lieten de obligaties een aanzienlijk verlies zien, en stelt dat sprake was van onjuiste voorlichting. De commissie stelt voorop dat de door de consument gegeven antwoorden op de ter vaststelling van haar profiel gestelde vragen, een tegenstrijdigheid bevatten. Een beleggingsadviseur, als professionele partij, dient dan de consument daarop te wijzen en expliciet te melden dat een rendement van 6-8% niet gerealiseerd kan worden zonder de bereidheid van de consument om een groter risicopercentage te accepteren dan 0-5%. Aangeslotene had daar niet op gewezen, en had voorts niet actief onderzocht of beleggen voor de consument überhaupt een geschikt instrument zou zijn. Aan de consument kon ook een verwijt worden gemaakt: ter zitting had zij verklaard niet te weten dat ook obligaties aan koersschommelingen onderhevig zijn. De consument had echter obligatieleningen van Aegon, Deutsche Bank en Rabobank ruim onder pari gekocht; naar het oordeel van de commissie mag zij in redelijkheid bekend verondersteld worden met dit gegeven. Een deel van het door de consument ondervonden nadeel blijft dan ook voor haar rekening (33%).

6.7.4.8.2 Execution-only

In de Uitspraak Geschillencommissie Financiële dienstverlening nr. 27 van 22 februari 2010 was aan de orde een effectendienstverlening op basis van execution-only. De consument had de afschriften die hij naar aanleiding van een order ('Afschrift Effectenrekening') ontving gecontroleerd, maar was niet alert geweest op afschriften die niet werden ontvangen. De Kwartaaloverzichten die de consument ontving, werden door hem niet gecontroleerd op de juistheid van het uitvoeren van een order, omdat naar zijn mening dat overzicht daar niet voor bedoeld en niet geschikt is (onder verwijzing naar de 'Handleiding Beleggersservice'). De Geschillencommissie stelt vast dat de toepasselijke (en van toepassing zijnde) algemene voorwaarden ('Zelf beleggen op de beurs') op de consument de verplichting leggen om aan hem gezonden bevestigingen, rekeningafschriften, effectennota's en andere opgaven te controleren. De stelling van de consument dat hij niet gehouden was de Kwartaaloverzichten te controleren wordt dan ook afgewezen, ook omdat een execution-only relatie met zich brengt dat de consument alert moet zijn dat zijn opdrachten tijdig en correct worden uitgevoerd, en onverwijld navraag had moeten doen als daarvoor aanleiding was. Ook is de

Geschillencommissie gebleken dat de consument niet heeft voldaan aan zijn wettelijke verplichting schadebeperkende maatregelen te nemen.

6.7.4.8.3 Preferred banking

Een consument hield bij een aangeslotene een effectenportefeuille aan. De dienstverlening werd geboden onder de naam ‘preferred banking’ (één bepaalde medewerker is aanspreekpunt voor alle aangeboden bankdiensten). De rechtsverhouding liet zich naar het oordeel van de Geschillencommissie kenschetsen als ‘execution-only’. De consument nam geheel zelfstandig zijn beleggingsbeslissingen, zonder bijzondere verlichtingen van de aangeslotene tot advisering. Bij de consument bestond de indruk dat het optreden van een ‘preferred banker’ een verplichting met zich bracht om de consument desnoods eigener beweging te adviseren, bijvoorbeeld – zoals in casu – tijdens het verblijf van de consument in het buitenland. Dit werd weersproken door de aangeslotenen en door de ter zitting aanwezige ‘preferred banker’. De consument had in 2004 warrants Air France-KLM in zijn bezit gekregen (deze zouden per 7 november 2007 aflopen). De aangeslotene had een rondschrijven doen uitgaan met deze mededeling, en de mogelijkheid dat uitoefening tot die datum mogelijk was. De consument was eerst 10 november 2007 teruggekeerd uit het buitenland. De Geschillencommissie overweegt dat het aan de consument zelf is om maatregelen te treffen inzake het beheer van zijn beleggingsportefeuille tijdens zijn afwezigheid. Hij had iemand gevraagd op de post te letten, maar deze persoon had de circulaire inzake de warrants aangezien voor een reclameuiting en ongeopend terzijde gelegd. De commissie acht de door de consument getroffen maatregelen onvoldoende; het risico daarvan blijft dan ook voor zijn rekening. Het al dan niet benutten van de warrants is de exclusieve verantwoordelijkheid van de consument (ondanks het feit dat andere dienstverleners zich méér moeite getroosten om de belangen van cliënten te bewaken dan enkel het versturen van een circulaire, aldus de commissie).

6.7.4.8.4 Marginverplichting

In de uitspraak Geschillencommissie Financiële dienstverlening nr. 131 van 23 december 2009 ging het om marginverplichtingen, het bedrag in geld of effecten dat een belegger moet aanhouden als hij (gedeeltelijk) ongedekt geschreven opties heeft. De marginverplichting wordt in mindering gebracht op de bestedingsruimte van de effectenrekening, zoals bekend. Cliënten zijn verplicht een tekort op de bestedingsruimte onverwijld, doch binnen vijf dagen na het ontstaan van het tekort aan te zuiveren, aanvullende zekerheden te verstrekken danwel door het sluiten van posities in opties en/of het verkopen van posities, aldus de van toepassing zijnde ‘voorwaarden optie annex pandovereenkomst’. Het geschil betreft putopties die door aangeslotene zijn gesloten. Het standpunt van de consument dat deze verplichtingen eerst ingaan vanaf het moment van ontvangst van het verzoek om het tekort aan te zuiveren, wordt door de commissie verworpen. Ook gezien de handleiding ‘Opties Zo werkt het’ had consument tijdig navraag kunnen doen; het feit dat de consument dat nietgedaan heeft, blijft voor zijn rekening (de aangeslotene hanteert een vast toetsingsmoment voor het controleren van bestedingsruimte).

6.8 Hoe nu verder?

Het beschreven bonte palet van zorg- en informatieplichten zou een helder beeld moeten bieden voor het streven naar Wft- en MiFiD-compliance voor financiële ondernemingen en financiële dienstverleners. De genoemde regelingen bevatten – als gezegd - tal van bepalingen betreffende zorgvuldige dienstverlening. Inzake de civielrechtelijke gevolgen van schending

van deze normen bestaat echter vooralsnog enige onduidelijkheid in concrete situaties (omstandigheden van het geval). Ik noem een aantal daarvan: informatie dient feitelijk juist, begrijpelijk en niet misleidend te zijn (art. 4:19 Wft); voorafgaand aan het adviseren, het verlenen van een beleggingsdienst of de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product of instrument (kort gezegd) verstrekt een financiële dienstverlener de cliënt/consument informatie voorzover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling daarvan (art. 4:20 Wft). Ook tijdens de looptijd van de overeenkomst wordt informatie verstrekt over wezenlijke of redelijkerwijs relevante wijzigingen, en over een aantal andere onderwerpen. Bij advisering wordt informatie ingewonnen over de cliënt/consument inzake diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voorzover redelijkerwijs relevant voor het geven van het advies, en met deze profilering wordt rekening gehouden bij de uiteindelijke advisering, gemotiveerd en wel. De vraag of een dienst geschikt is voor een cliënt verdient aandacht (art. 4:24 Wft), en bij dit alles staan zorgvuldigheidsregels voorop (art. 4:25 Wft). Voor financiële dienstverleners op afstand gelden – als gezegd – specifieke regels van Europeesrechtelijke oorsprong. De uitwerking van de regels voor financiële dienstverlening in het Bgfo en in de Nadere regels van de AFM inzake – ondermeer – reclame voor financiële producten en instrumenten – is indrukwekkend van aard en omvang, zowel voor wat betreft de precontractuele fase als tijdens de looptijd van de overeenkomst.

De gevolgen van schending van de genoemde (niet-limitatieve) normen in civielrechtelijk perspectief dienen nader doordacht te worden. Ondanks de uitsluiting van art. 3:40 lid 2 BW is onduidelijk welke rol het civiele recht in dit opzicht speelt, vooral als het gaat om sancties bij schending van de zorg- en informatieplichten. Dit alles is ‘serious business’, en doet denken aan de spanning tussen *ethics of justice* en *ethics of care*, rechtvaardigheidsethiek tegenover zorgethiek. Dat laatste concept is ontwikkeld door de feministische psychologe Carol Gilligan (In a different voice),²⁶⁵ een perspectief dat ook door Tjong Tjin Tai wordt beschreven en geanalyseerd. Uitgangspunt is het persoonsbegrip in verbondenheid met anderen. De Wft lijkt op het punt van de zorgplichten deze ethische theorieën te willen integreren. De onkreukbaarheid van de financiële markt is door de invoering van de nieuwe toezichtwetgeving niet verdwenen, waarvan akte. Juist bij financiële dienstverlening zou de wetgever zo duidelijk mogelijk het Europeesrechtelijke uitgangspunt moeten hanteren dat normschending van sancties moet worden voorzien die effectief, doeltreffend, snel en afschrikwekkend moeten zijn.²⁶⁶ In dat verband kan de vraag worden gesteld wat er mis is met de sancties nietigheid en vernietigbaarheid? Mogelijke ontwrichting van de financiële markt ligt besloten in de gebrekkige normoverdracht aan financiële dienstverleners, niet in mogelijke rechterlijke uitspraken die daar korte metten mee maken. Aansprakelijkheid van toezichthouders heeft alle aandacht, maar biedt slechts zelden soelaas in concrete gevallen.²⁶⁷ Verdedigbaar is dat strengere normstelling voldoet aan de wens tot normoverdracht, ten voordele van cliënten/consumenten en met het oog op het creëren van een ‘level playing field’ ten voordele van alle aanbieders van financiële diensten. Gezien de huidige regels biedt de relativiseringsgedachte van nietigheid, zoals deze tot uiting komt in de regels van partiële

²⁶⁵ Harvard University Press, 1982.

²⁶⁶ Ik noem als voorbeeld HvJ EU 8 september 2005, Zaak C-40/04 (Yonemoto).

²⁶⁷ Over deze kwestie is veel literatuur verschenen. Korthedshalve verwijs ik naar G.E. van Maanen, ‘Vie d’Or en de ramkoers van de Linda’, NTBR 2007, 1, T. Hartlief, ‘Zicht op toezichthoudersaansprakelijkheid na Linda en Vie d’Or’, WPNR 2006-6688, p. 799-801 en A.J.P. Schild, ‘Aansprakelijkheid van de toezichthouder (HR 13 oktober 2006, LJN: AW 2077) Vie d’Or’, Bb 2006-23, p. 225-231, zie tevens JA 2007 nrs. 2 en 3 en A.A. van Rossum, Aansprakelijkheid voor financieel toezicht, NTHR 2007/1.

nietigheid²⁶⁸ in art. 3:41 BW, conversie (art. 3:42 BW), en in art. 3:53 lid 2 BW, laat voldoende ruimte voor het ontwikkelen van een civielrechtelijk sanctiestelsel dat nauw aansluit bij het bestuursrechtelijk gedragstoezicht. Verder kan de ruimte benut worden die stilzwijgend is neergelegd in art. 3:40 lid 1 BW, namelijk dat met het oog op de (door uitleg vast te stellen) strekking van de norm waarmee een te onderzoeken rechtshandeling in strijd komt, te oordelen dat die strekking niet tot het aannemen van nietigheid noopt²⁶⁹ (een mogelijkheid die art. 3:40 lid 3 BW voor het aldaar geregelde geval uitdrukkelijk openstelt). Tevens is ruimte te vinden in de nuancering op de terugbetalingsverplichting bij onverschuldigde betaling in het geval van art. 6:211 BW. Men zou zelfs een alternatief kunnen overwegen: erkenning van de rechtshandeling als geldig, en behandeling van de rechtsregel die aan (verdere) uitvoering in de weg staat als een oorzaak van een (al dan niet toerekenbare) tekortkoming, met enkel billijkheidsoverwegingen. De keuze van de wetgever voor het bepaalde in art. 1:23 Wft zou zeer wel tot toepassing van deze alternatieven kunnen leiden. MiFiD en Wft zijn – ten minste civielrechtelijk bezien – vooralsnog fascinerend. Marktdeelnemers zullen aanzienlijke inspanningen zullen moeten leveren teneinde te komen tot een ‘gelijk speelveld’ en professionele dienstverlening met inachtneming van de belangen van cliënt en consument. Het privaatrecht mag daarbij niet achterblijven. Gedragsbeïnvloeding in het spanningsveld tussen het opleggen van bindende regels tegenover codificatie van maatschappelijke gebruiken blijkt met name moeizaam als het gaat om sancties bij onjuist handelen in contractsverhoudingen (een doolhof, aldus Tjong Tjin Tai en Verstijlen onder verwijzing naar Van Boom).²⁷⁰

Zorgplichten hebben in financiële contracten kennelijk bijzondere aspecten, ontleend aan de omstandigheden van het geval, het ongeschreven recht en maatschappelijke verplichtingen van financiële dienstverleners. De precieze reikwijdte ervan is moeilijk te doorgronden; in dit preadvies zal verdedigd worden dat toepassing van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken met name een rol speelt bij het definiëren van de *ondergrens* van hetgeen van financiële dienstverleners verwacht mag worden in het kader van handelen in overeenstemming (compliance) met de voor hen geldende standaard van ‘professionele toewijding’ (zie het volgende hoofdstuk). Daarmee hangt samen de stelling dat transparantie- en zorgplichten een verder reikende doelstelling hebben. Het belang van de toepassing van de genoemde regels inzake eerlijke handelspraktijken in de financiële wereld lijkt daarmee vooral van belang te zijn bij het aanpakken van ‘rogue traders’ (Lieverse, par. 3.10). De gedachte dat zorgplichten en oneerlijke handelspraktijken complementair kunnen zijn, wordt daarmee van de hand gewezen. Er is (veel) meer aan de orde bij het handelen in

²⁶⁸ Zie bijvoorbeeld inzake de mogelijkheden van absolute, relatieve en temporele nietigheid (arrest HvJ EU Defrenne-zaak) D. Jongsma, De gevolgen van nietigheid in de Algemene wet gelijke behandeling, Trema oktober 2007 – Nr. 8, p. 326-331.

²⁶⁹ Zie de proefballon van A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 30 september 2005, LJN AS8376 (East Caribbean Cellular).

²⁷⁰ T.F.E. Tjong Tjin Tai en F.M.J. Verstijlen, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2007 nr. 35, p. 2171-2180, onder verwijzing naar W.H. van Boom in NJB 2007, p. 982-991. Zie tevens W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh, Dwaling, zorgplicht en schadevergoeding, AA 2010, p. 188-196, J.H. Wansink, Zorgplichten voor de (rechtstreekse) verzekeraar en de bemiddelaar in de Wet financiële dienstverlening (WFT), VA 2009-1, p. 3-27, F.T.E. Tjong Tjin Tai, M.F.M. van den Berg, Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten, AV&S 2009-4, nr. 23, Rechtbank Haarlem 17 juni 2009, LJN: BI7834 m.nt. W.M.A. Kalkman, Beleggingsverzekering. Dwaling omtrent kosten, risico's en rendementen. Invloed van het Europees recht op de informatieverplichtingen van verzekeraars, AV&S 2010-1, nr. 5, Chr.H. van Dijk, F. van der Woude, Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen in de Wet op het financieel toezicht, AV&S 2009-2, nr. 11.

overeenstemming met de regels en standaarden voor professionele toewijding dan oneerlijke handelspraktijken.

7 Oneerlijke handelspraktijken in de praktijk van het financiële recht: het begrip ‘professionele toewijding’

7.1 Professionele toewijding en handelspraktijken

Een kernaspect van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken is de standaard van ‘professionele toewijding’, in artikel 2 onder h richtlijn uitgewerkt als volgt:

h) professionele toewijding: het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar.

Deze bepaling is van groot belang, aldus de Memorie van Toelichting bij de implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken:

‘Bij de beoordeling of een handelspraktijk oneerlijk is, dient eerst te worden gezien of de handelspraktijk in bijlage 1 met concrete gedragingen is opgenomen. Zo ja, dan is zij automatisch oneerlijk en verboden op grond van de richtlijn. Zo nee, dan moet worden gekeken of de artikelen 6 tot en met 9 van de richtlijn (misleidende en agressieve handelspraktijken) van toepassing zijn en of de handelspraktijk op basis van deze artikelen aangemerkt moet worden als een misleidende of een agressieve handelspraktijk. Zijn de artikelen 6 tot en met 9 van de richtlijn wel van toepassing, maar volgt uit deze artikelen dat de handelspraktijk niet aangemerkt kan worden als een misleidende of een agressieve handelspraktijk, dan staat vast dat de handelspraktijk niet oneerlijk is. Zijn de artikelen 6 tot en met 9 van de richtlijn niet van toepassing, dan dient aan de hand van het in artikel 5 van de richtlijn opgenomen algemene verbod op oneerlijke handelspraktijken (strijd met professionele toewijding waardoor het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen aanmerkelijk wordt beperkt) beoordeeld te worden of de handelspraktijk oneerlijk is.’²⁷¹

Over het begrip ‘professionele toewijding’ wordt in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel oneerlijke handelspraktijken opgemerkt:

‘In de definitie van «professionele toewijding» zijn twee elementen opgenomen. Het eerste element is «de bijzondere vakkundigheid» en het tweede «de zorgvuldigheid». Indien een handelaar ten aanzien van beide elementen op een normaal niveau (of hoger) functioneert, is hij professioneel toegewijd. Dit zal per geval moeten worden vastgesteld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. De «normaliteit» van het niveau van de voor de handelaar geldende professionele standaard kan worden beoordeeld aan de hand van verschillende feiten en omstandigheden. Welk het niveau van de professionele standaard is of zou moeten zijn, kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit de handelsgebruiken in een bepaalde sector, een gedragscode of een afgelegde eed of belofte. Indien in een bepaalde sector of bedrijfstak in een gedragscode regels zijn vastgelegd inzake «de normale marktpraktijk», kan deze gedragscode als referentie worden gebruikt bij het bepalen of een bepaalde handelspraktijk in strijd is met de professionele toewijding. Consumenten en handelaren,

²⁷¹ Kamerstukken II 2006-2009, 30 928 nr. 3, p. 2.

ook zij die niet bij de gedragscode zijn aangesloten, worden dan immers geacht te weten welke de geldende normen zijn. De rechter kan in zijn beoordeling meenemen of een code tweezijdig tot stand is gekomen. Het gegeven dat de handelaar is toegelaten tot een beroep of over een voor het beroep vereist diploma beschikt, is op zichzelf in beginsel onvoldoende om professionele toewijding aan te nemen.²⁷²

In artikel 6:193a eerste lid onder f BW wordt deze standaard gedefinieerd als het *'normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken'*.

Deze belangrijke bepaling bevat de volgende belangrijke aspecten.

7.2 Goede trouw in de sector

Allereerst valt op dat 'het beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar' zoals neergelegd in de richtlijn kennelijk enigszins 'ondergesneeuwd' lijkt te zijn in de richtlijnimplementatie in Nederland. Duidelijk is dat dit wordt ondervangen door de algemene norm inzake de toepasselijkheid van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2, 3:12 en 6:248 BW); het is echter nuttig bij handhaving van de specifieke bepalingen van artikel 6:193a e.v. BW nog eens te onderstrepen dat het hier een essentieel element betreft van het criterium 'handelen in overeenstemming met de standaard van de professionele toewijding'. Kenmerkend daarbij is de koppeling in de tekst van de richtlijn in artikel 2 onder h) aan de 'goede trouw in de sector van de handelaar.' Het lijkt erop dat hiermee niet bedoeld is op de subjectieve goede trouw van de handelaar in het concrete geval. In andere regelingen is wel een dergelijke subjectieve maatstaf te vinden: in – bij voorbeeld - het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten²⁷³ is het begrip aangeduid als volgt: De handelaar voldoet aan het vereiste van goede trouw als hij eerlijk en rechtvaardig omgaat met de andere partij en rekening houdt met de legitieme belangen van die andere partij. De goede trouw in de sector maakt aldus naar mag worden aangenomen deel uit van de voor de handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken in zijn sector.

7.3 Normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid

Het normale niveau van zorgvuldigheid kan worden ingevuld aan de hand van de toepasselijke regelgeving en rechtspraak, en vraagt om een feitelijke waardering van de omstandigheden van het geval. Anders ligt het met de verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor de handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken.

7.4 Bijzondere vakkundigheid

Deze maatstaf zal per branche bepaald moeten worden. Zo zal in de financiële sector moeten worden aangeknoopt bij de bepalingen in art. 2:58, 2:63, 2:78, 2:83, 2:89 en 2:94 Wft (vergunningverlening en toets vakbekwaamheid), alsmede art. 4:9 Wft (zorg van een financiële dienstverlener voor – kort gezegd – de vakbekwaamheid in zijn bedrijf, met mogelijkheid van vrijstelling in het vierde lid) in samenhang met de bijbehorende AMvB's en ministeriële regelingen inzake vakbekwaamheid en diploma-vereisten. De aldus vastgelegde

²⁷² Idem, p. 13.

²⁷³ COM (2008)614 definitief, preambule nr. 48.

eisen kunnen gezien worden als het ‘normaal niveau’ van de vereiste bijzondere vakkundigheid.

7.5 Handelsgebruiken, gedragscodes etc.

Moelijker wordt het bij het aanvullend toepassen van handelsgebruiken, gedragscodes of eventueel afgelegde eed of belofte (een rechtsfiguur die in Nederland buiten specifieke terreinen aan het verdwijnen is).²⁷⁴ Handelsgebruiken als zodanig zijn als algemeen juridisch begrip niet onbekend²⁷⁵ doch in het financiële gelden eigen maatstaven inzake de handel, afhankelijk van de desbetreffende markten: handelsgebruiken in het financiële recht bestaan op tal van terreinen. De Wft legt op diverse plaatsen een koppeling met de handel op bepaalde terreinen, en daarmee ook met de daarvoor geldende handelsgebruiken zoals de Euronext reglementen. Zie artikel 1:1 Wft inzake de begrippen gereguleerde markt en gereguleerde informatie (toelating van effecten tot de handel op een gereguleerde markt), de begrippen handelen voor eigen rekening en handelsportefeuille, handel in grondstoffen en grondstoffenderivaten, het begrip marketmaker, multilaterale handelsfaciliteit, personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld, plaatselijke onderneming (clearinginstelling), professionele belegger, richtlijn marktmisbruik (handel met voorwetenschap, zie tevens art. 5:53 e.v. Wft), prospectusrichtlijn (wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten), art. 1:5a Wft (verrichten betalingstransacties via een handelsfaciliteit), de uitzondering in art. 1:18 onder c en g Wft, art. 1:18 onder h Wft (handelen voor eigen rekening), Artikel 1:58c Wft (handelen op een wijze die de belangen van beleggers, of de ordelijke werking van de financiële markten kennelijk schaadt), artikel 2:13 Wft (regels die gelden voor het handelsproces en de afhandeling van transacties in een multilaterale handelsfaciliteit), artikel 2:99 vierde lid Wft (handel op een gereguleerde markt), handelen of nalaten in strijd met het Bgfo (art. 2:105 Wft), art. 3:10 Wft, art. 3:17 Wft (andere handelingen door de financiële onderneming of haar werknemers die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat hierdoor het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad), art. 3:33 en 36 Wft, art. 3:105 e.v. Wft (in het geval van een handeling ... kunnen leiden of zouden leiden tot een invloed op de betrokken financiële onderneming waardoor een gezonde en prudente bedrijfsuitoefening van die onderneming in gevaar komt), art. 4:6a Wft, art. 4:11 en 14 Wft, Art. 4:91a lid 1 Wft (een beleggingsonderneming die een multilaterale handelsfaciliteit exploiteert, stelt transparante, niet-discretionaire regels en procedures vast die een billijke en ordelijke handel garanderen en legt objectieve criteria vast voor de efficiënte uitvoering van orders), art. 4:91i Wft (begrip normale handelstijd), § 4.3.7.4. Overige bepaling informatie na de handel door beleggingsondernemingen, Afdeling 5.1.3. Aanbieden van effecten aan het publiek en het toelaten van effecten op een gereguleerde markt, met name ook § 5.1.3.4 e.v. Wft (prospectus), Hoofdstuk 5.1a. Regels voor informatievoorziening door uitgevende instellingen en Hoofdstuk 5.2 Wft (exploiteren of beheren van een gereguleerde markt) en de regels inzake marktmisbruik (afdeling 5.4.2 Wft).

De koppeling in deze Wft-bepalingen aan handelsgebruiken biedt voldoende mogelijkheden om bij een beroep op de wettelijke regeling inzake oneerlijke handelspraktijken aanknopingspunten te vinden voor hetgeen als vakkundigheid kan worden aangeduid.

²⁷⁴ Bedoeld zijn bijvoorbeeld de eed of gelofte, af te leggen door ambtenaren of raadsleden, door getuigen of bijvoorbeeld ter vervanging van brondocumenten GBA.

²⁷⁵ Vgl. bijvoorbeeld art. 1054, vierde lid, Rv.

7. 6 Gedragscodes en marktpraktijken

In de financiële wereld zullen marktpraktijken goeddeels samenvallen met hetgeen – naast de reeds genoemde handelsgebruiken - in de diverse gedragscodes is geregeld. Inzake gedragscodes bestaan tal van verschillende normen, zoals de gedragscode hypothecaire financieringen (2010), aangevuld met het AFM toetskader hypothecaire financieringen. De regels ter zake zullen nog verder worden aangescherpt middels een AMvB.²⁷⁶ Verder kunnen als voorbeeld worden genoemd de gedragscodes van de NVVK,²⁷⁷ de Gedragscode Verzekeraars van het Verbond van Verzekeraars, Gedragscodes van de Nederlandse Vereniging van Banken, de Gedragscode van de Vereniging van Beleggingsanalisten, de DUFAS Principles of Fund Governance,²⁷⁸ de Gedragscodes voor leden van bestuursorganen van pensioenfondsen (CFA Institute Center for Financial Market Integrity),²⁷⁹ de Gedragscode ten behoeve van de leden van de FIN (2009),²⁸⁰ gedragscodes van individuele ondernemingen ter waarborging van een integere uitoefening van het bedrijf en een zorgvuldige dienstverlening (als bedoeld in de artikelen 4:11, 4:14 en 4:25 Wft), Verklaringen inzake de Beleggingsbeginselen en andere individuele (ondernemingsgerelateerde) gedragscodes, naast de algemene gedragscodes zoals de Nederlandse Corporate Governance Code (geactualiseerd 2009).²⁸¹

7.7 Corporate Governance in financiële instellingen

Op het punt van corporate governance is van belang het Groenboek van de EU Corporate Governance in financiële instellingen en het beloningsbeleid van 2 juni 2010, COM(2010) 284 definitief. Het Groenboek ligt voor ter consultatie aan lidstaten en marktpartijen en bevat tal van belangwekkende aspecten in verband met het criterium ‘professionele toewijding’, toezicht en consumentenbescherming. Zo worden specifieke vragen gesteld over de rol van toezichthouders in de interne governance van financiële instellingen, en wordt de vraag gesteld of de selectiecriteria (‘fit and proper test’) moeten worden uitgebreid tot technische en professionele competenties en gedragskenmerken van toekomstige bestuurders van financiële instellingen (p. 17). Er ligt reeds een kabinetsreactie voor (23 juli 2010),²⁸² op de genoemde vraagpunten overweegt het kabinet bij monde van de minister a.i. Hirsch Ballin:

‘Gelet op het bijzondere karakter van de financiële sector is op onderdelen regulering nodig en ingrijpen door de toezichthouder indien onevenwichtigheden ontstaan die gevolgen kunnen hebben voor de financiële stabiliteit, integriteit en/of de behandeling van klanten en andere stakeholders (van de betreffende financiële onderneming). Om die reden is er onder meer toezicht door DNB en de AFM op een integere en beheerste bedrijfsvoering, waaronder het beloningsbeleid van financiële ondernemingen, en wordt de deskundigheidstoets van commissarissen wettelijk verankerd. Daarnaast zijn beide toezichthouders, zoals hiervoor is opgemerkt, bezig met de invulling van hun beleid rond de wettelijke deskundigheidstoetsing waarbij ze uitgaan van een breed deskundigheidsbegrip. Dat laat onverlet dat de inrichting van corporate governance primair de verantwoordelijkheid van de instelling zelf is.’

²⁷⁶ Zie de brief van de minister van Financiën van 21 april 2010, kenmerk FM/2010/4170 M, voorhangprocedure AMvB ter zake.

²⁷⁷ Vereniging voor schuldhulpverlening en sociaal bankieren.

²⁷⁸ www.dufas.nl.

²⁷⁹ www.cfanetherlands.nl.

²⁸⁰ Vereniging van fondsen Nederland, www.verenigingvanfondsen.nl.

²⁸¹ www.commissiecorporategovernance.nl.

²⁸² Brief minister van Financiën 23 juli 2010 kenmerk FM/2010/4820 M.

De minister vervolgt:

‘Hierbij merk ik – onder verwijzing naar mijn reactie op het rapport van de Commissie Scheltema over DSB Bank – nog op dat ik op korte termijn regels zal voorstellen die DNB een explicieter handvat bieden om, in ieder geval bij vergunningverlening en bij de verlening van een verklaring van geen bezwaar, erop toe te zien dat ten aanzien van banken sprake is van evenwichtige en verantwoorde corporate governance verhoudingen. Het handvat zal niet louter betrekking hebben op structuren met een directeur grootaandeelhouder (DGA-structuren), maar zich tevens uitstrekken tot andere governance-structuren. Dit neemt niet weg dat de bedoelde voorstellen zullen expliciteren dat DNB de bevoegdheid heeft om een DGA-structuur niet te accepteren. Verder zal ik onderzoeken of het wenselijk is dat dergelijke regels zich ook zullen uitstrekken tot andere financiële ondernemingen dan banken.’

7.8 Balans

Gezien de rijkdom aan regelgeving, vakbekwaamheidseisen en met name gedragscodes op de financiële markten zal het bij toepassing van de norm ‘handelen in strijd met de professionele toewijding’ vrij eenvoudig zijn om na te gaan of sprake is van een oneerlijke handelspraktijk; wel zal dan nog de stap moeten worden genomen of door het handelen in strijd met die regels aan de orde is dat *daardoor* het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen aanmerkelijk is beperkt. Dit bewijs is niet eenvoudig te leveren. De beantwoording hiervan is verweven met de omstandigheden van het geval. Voor de eventueel daardoor ontstane *schade* is – indien vast staat *dat* de handelaar onrechtmatig heeft gehandeld – de omkering van de bewijslast als bedoeld in artikel 6:193j, tweede lid BW processueel uiterst belangrijk: ‘indien op grond van artikel 193b onrechtmatig door de handelaar is gehandeld, is hij voor de dientengevolge ontstane schade aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat zulks noch aan zijn schuld te wijten is noch op andere grond voor zijn rekening komt.’

8 Stellingen

1. Het financieel recht kent in wezen geen andere regels dan het privaatrecht voor wat betreft de rechten en verplichtingen van partijen. Osmose²⁸³ (met de toezichthouder als ‘filter’) tussen privaatrechtelijke regels voor financiële transacties en bestuursrechtelijke regels betreffende het toezicht op financiële diensten is niet dienstig aan de rechtsverwerking.
2. De uitleg van het begrip ‘consument’ is een eenvoudige zaak. De fictieve gemiddelde consument bestaat niet, de maatman evenmin. Deze begrippen dienen via analyse van (goed gedefinieerde) groepsverwachtingen met inachtneming van (sub)culturen en ‘lifestyles’ controleerbaar te worden ingevuld.
3. Consumentenrecht is geen zaak van bescherming van de ‘zwakke’ marktpartij, maar een instrument tot het herstellen van contractsevenwicht door ‘hard and fast rules’ waarbij effectiviteit centraal staat. Het consumentenrecht is ‘serious business’ (het paternalisme heeft afgedaan). Het gegeven dat kwetsbare groepen consumenten moeten worden beschermd, behoeft geen betoog; op dit punt is vooral een taak weggelegd voor nationale beleidsmakers.
4. De consument als afnemer van financiële diensten is duidelijk te identificeren; deze consument heeft specifieke wensen en behoeften, en verdient een helder en coherent systeem van bescherming, zowel nationaal als Europees. Deugdelijke en heldere informatieverstrekking is daarbij slechts de eerste stap. Het is vooralsnog met name aan de rechter (en het Kifid) om het vereiste hoge niveau van bescherming van consumenten van financiële diensten te waarborgen.
5. Mededingingsrecht, consumentenbescherming en het streven naar goede en eerlijke marktwerking kunnen niet los van elkaar gezien worden. Dit heeft gevolgen voor de toepassing van de rechtsnormen op deze materieel uiteenlopende beleidsterreinen.
6. De richtlijn oneerlijke handelspraktijken mag niet gezien worden als een geïsoleerd ‘vangnet’ of raamwerk voor consumentenbescherming op markten waar de lat voor transparantie, zorg- en informatieplichten te laag ligt.
7. Van een geharmoniseerd Europees recht inzake oneerlijke handelspraktijken is (nog) geen sprake. Dit geldt a fortiori voor het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken op het gebied van het financiële recht.
8. Zorgplichten en handelspraktijken zijn geen communicerende vaten. Bij onjuist handelen in (financiële) contractsverhoudingen moeten bindende regels uitkomst bieden, waarbij niet enkel het handelen in strijd met toezichtsmaatstaven of vergunningeisen kan worden afgestraft, maar tevens aandacht bestaat voor de verantwoordelijkheid van alle marktdeelnemers om te zorgen voor eerlijke handelspraktijken. Daarbij mag geen verschil bestaan tussen handhaving (toezicht) en privaatrechtelijke sancties. Dat betekent ondermeer dat bij de toepassing door de AFM van de richtlijnbepalingen inzake oneerlijke handelspraktijken ook maatstaven zoals de redelijkheid en billijkheid en de overige algemene beginselen van het privaatrecht in acht moeten worden genomen. Er mag gezien aard en ratio van de richtlijn geen verschil bestaan tussen handhavingmechanismen en rechtsmiddelen ontleend aan de privaatrechtelijke implementatie van de richtlijn.
9. De regels inzake oneerlijke handelspraktijken bepalen de ondergrens van hetgeen van financiële dienstverleners verwacht mag worden in het kader van het handelen in

²⁸³ Volgens Van Dale: het verschijnsel dat een vloeistof door een semipermeabele wand (membraan) treedt, die wel het oplosmiddel maar niet de opgeloste stof doorlaat, wanneer ter weerszijden daarvan oplossingen van verschillende sterkte aanwezig zijn.

overeenstemming (compliance) met de voor hen geldende standaard van professionele toewijding. Zorgplichten zijn slechts een facet van professionele toewijding.

10. Bij financiële dienstverlening is sprake van een zware normstelling voor professionele toewijding, gebaseerd op regelgeving (Wft), vakbekwaamheidseisen en vigerende gedragscodes. Het antwoord op de vraag of in een bepaald geval bij financiële transacties sprake is van een oneerlijke handelspraktijk kan daarom niet moeilijk zijn.

Bijlage

RICHTLIJN 2005/29/EG VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”)

(volledige tekst opnemen)